

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SISTEMÁTICA DOS
PRECEDENTES VINCULANTES: A IMPORTÂNCIA DA MODULAÇÃO
DOS EFEITOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ)**

BRUNO BURMAN

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

BRUNO BURMAN

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SISTEMÁTICA DOS
PRECEDENTES VINCULANTES: A IMPORTÂNCIA DA MODULAÇÃO
DOS EFEITOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ)**

Monografia de final do curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Andre Vasconcelos Roque

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

Burman, Bruno
B962n O novo código de processo civil e a
sistemática dos precedentes vinculantes: a
importância da modulação dos efeitos pelos tribunais
superiores (STF E STJ) / Bruno Burman. -- Rio de
Janeiro, 2017.
137 f.

Orientador: Andre Vasconcelos Roque.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Novo CPC. 2. Precedentes Vinculantes. 3.
Tribunais Superiores. 4. Modulação dos Efeitos. 5.
Confiança Legítima. I. Roque, Andre Vasconcelos,
orient. II. Título.

CDD 341.46

BRUNO BURMAN

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SISTEMÁTICA DOS
PRECEDENTES VINCULANTES: A IMPORTÂNCIA DA MODULAÇÃO
DOS EFEITOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ)**

Monografia de final do curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Andre Vasconcelos Roque

Data da Aprovação: __ / __ / ____ .

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

Dedico a presente monografia aos meus amados familiares, que sempre me incentivaram em todos os momentos, sendo minhas inspirações para traçar uma bonita trajetória no mundo jurídico, baseada na honestidade, integridade, respeito e boa-fé, de modo a trabalhar, sempre, pela concretização da justiça.

AGRADECIMENTOS

A D'us pela possibilidade de ter estudado em uma faculdade de grande renome nacional, bem como pelo fato de guiar meus passos à consecução do bem.

Aos meus familiares pelo apoio incondicional em todos os momentos de minha vida, seja com a manifestação de carinho e afeto por gestos e atitudes, seja pela prolação de palavras de amor, incentivo e encorajamento. Obrigado, família, por tudo: pela demonstração corriqueira e intensa de amor, afeto, companheirismo, dedicação, incentivo, entre tantos outros sinais qualitativos. Discurso algum é suficiente para descrever o orgulho e a admiração em tê-los como minha família, fontes de inspiração para que eu possa trilhar uma bonita trajetória no mundo jurídico, voltada para a realização da justiça, bem como expor meu reconhecimento por todos os ensinamentos, valores morais repassados, as negativas, quando necessárias, que moldaram o meu caráter, fazendo com que me tornasse um ser humano íntegro. Sou grato, outrossim, por todos os sacrifícios e investimentos que fizeram ao longo dos anos, no intuito de possibilitar a mim e ao meu irmão a melhor base educacional.

Àqueles que, de algum modo, contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional, bem como propiciaram uma experiência inesquecível, durante cinco anos, na Faculdade Nacional de Direito, uma universidade integrativa, plural e acolhedora, em que pude vivenciar situações memoráveis, momentos de extrema alegria. Fiz muitos amigos durante esse período, pude, com o decorrer do tempo, amadurecer, ainda mais, além de despertar um senso crítico sobre os mais variados assuntos. Sentirei muitas saudades desse momento, da vida de universitário e de toda a rotina que tive desde o início da graduação até minha formação como bacharel em Direito, guardando todo esse ciclo, com muito carinho, em meu coração e minhas memórias, o qual foi, sem sombra de dúvidas, maravilhoso.

“A justiça pode irritar-se porque é precária. A verdade não se impacienta, porque é eterna.” (Rui Barbosa de Oliveira)

RESUMO

O Brasil tem como fonte primordial do Direito a legislação, ao contrário dos países anglo-saxões, cuja aplicação de normas provêm, em regra, dos costumes e da jurisprudência, visando a proporcionar, a todos que se encontram em uma situação fática similar, equivalente tutelada jurisdicional. O Novo Código de Processo Civil trouxe uma nova roupagem aos precedentes, para garantir a observância dos princípios constitucionais da segurança e isonomia jurídicas, duração razoável do processo e devido processo legal. Os precedentes vinculantes devem ser respeitados para que seja construído um ordenamento jurídico estável e concorde, evitando-se a formação de decisões contraditórias ao longo do território nacional. As partes devem ter oportunidades para se manifestar sobre a existência de *distinguishing*, a fim de impedir que julgamentos injustos sejam efetivados. O direito norte-americano aplica, como regra, efeitos retroativos a um precedente revogador de uma tese jurídica tida como correta, anteriormente, embora a Suprema Corte venha modificando esse posicionamento. No caso brasileiro, existe a possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão quando houver alteração de jurisprudência consolidada do STF e Tribunais Superiores e de julgamento de casos repetitivos. A segurança jurídica e o interesse sociais são os valores a que se busca resguardar, assegurando-se a confiança legítima dos jurisdicionados.

Palavras-chave: Novo CPC; Precedentes Vinculantes; Tribunais Superiores; Modulação dos Efeitos; Segurança Jurídica; Confiança Legítima.

ABSTRACT

Brazil has legislation as its main source of law, unlike the Anglo-Saxon countries, whose application of norms comes from customs and jurisprudence, aiming to provide everyone who is in a similar situation, equivalent protection of the judiciary. The New Code of Civil Procedure has brought a new guise to precedents, to ensure compliance with the constitutional principles of legal security and isonomy, reasonable length of the process and due process. Binding precedents must be respected in order to build a stable and concordant legal order, avoiding the formation of contradictory decisions throughout the national territory. The parties should have opportunities to speak out on the existence of distinguishing, in order to prevent unfair trials from taking place. As a rule, US law applies retroactive effects to a previous repeal of a juridical thesis previously considered correct, although the Supreme Court has modified that position. In the Brazilian case, there is the possibility of modulating the effects of a decision when there is a change in the consolidated case law of the Supreme Court and Superior Courts and in the judgment of repetitive cases. Legal security and social interest are the values that are sought to safeguard, ensuring the legitimate expectations of the courts.

Keywords: New CPC; Binding Precedents; Superior Courts; Modulation of Effects; Legal Safety; Legitimate Confidence.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 52

Tabela 2 53

Tabela 3 102

Tabela 4 103

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
------------------	----

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, TÉCNICAS E FORÇA DOS PRECEDENTES E PRINCÍPIOS A SEREM EFETIVADOS PELO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Os primeiros precedentes vinculantes do regime jurídico da <i>Common Law</i> e o controle difuso de constitucionalidade	17
1.2 Os métodos de interpretação de normas jurídicas pelos aplicadores do Direito	18
1.3 Vinculação dos precedentes horizontais e verticais	20
1.4 Conceitos importantes sobre a aplicação dos precedentes judiciais.....	23
1.4.1 Da técnica do <i>distinguishing</i>	23
1.4.2 Da técnica do <i>overruling</i> - revisão de precedentes pelos tribunais.....	24
1.4.3 Da distinção entre os conceitos de <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	25
1.4.4 Da diferença entre <i>overruling</i> e <i>overriding</i> e as suas importâncias para a evolução do Direito.....	26
1.5 Os princípios que norteiam a aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro	28
1.5.1 Da fundamentação das decisões judiciais.....	28
1.5.2 Da isonomia jurídica.....	33
1.5.3 Da duração razoável do processo	38
1.5.4 Da segurança jurídica	42

OS PRECEDENTES VINCULANTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (STF e STJ)

2.1 Considerações iniciais sobre o Poder Judiciário e as competências constitucionais do STF e STJ	50
2.2 Precedentes vinculantes dos tribunais superiores à moda brasileira e a sua relação com a problemática da crise numérico processual	51
2.2.1 O papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e a vinculação das súmulas do STF e STJ.....	55
2.2.2 O julgamento dos RE's, REsp's e dos recursos repetitivos e a vinculação às demais instâncias judiciais.....	57
2.2.3 A força vinculante das decisões do Plenário ou do Órgão Especial a nível horizontal.....	61

DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE JULGADOS VINCULANTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

3.1 A modulação dos efeitos, o controle abstrato de constitucionalidade e os precedentes vinculantes	63
3.2 A modulação dos efeitos no CPC (art. 927, § 3º) e os conceitos jurídicos indeterminados	65
3.3 Dos impactos da aplicação da modulação dos efeitos e a transformação de precedentes/jurisprudência	68
3.4 O superprecedente e o termo “sombra de juridicidade”	78
3.5 As modalidades de eficácia temporal dos precedentes.....	81
3.6 Quórum necessário para a modulação dos efeitos no CPC	86
3.7 Um caso excepcional: competência para decidir sobre incidência de ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS	87

O ESTUDO DE CASOS CONCRETOS DO STF

4.1 Julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246 e das ADC’s 43 e 44	91
4.1.1 Da necessidade de modulação dos efeitos no julgamento do ARE 964.246	103
4.2 ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS e o julgamento do RE 574.706/PR.....	108
4.2.1 A tutela das empresas privadas ante a um Estado pouco atuante e inefetivo	113

CONCLUSÃO.....	117
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128
---	------------

INTRODUÇÃO

O estudo dos precedentes judiciais é de importância inefável, tendo em vista que o Poder Judiciário possui uma função típica jurisdicional, isto é, é a esfera de Poder cuja atividade consiste em conhecer e aplicar o direito para solucionar uma lide, enfrentamento de interesses pela existência de uma pretensão contraposta ou insatisfeita (CARNELUTTI, 1936). Para que sejam garantidos tratamentos igualitários a casos bastante semelhantes, não existindo processos idênticos sub judice, nada mais racional do que a adoção dos precedentes, cujo enfoque maior é a observância dos princípios constitucionais da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo (art. 5º, XXXVI, *caput*, XXXVIII, respectivamente). Evita-se, pois, um “inchaço” processual nos tribunais, permitindo-se uma resposta mais rápida e eficaz a inúmeros casos que versam sobre uma mesma temática e convergem em vários pontos fáticos, impedindo que diferentes juízes e tribunais interpretem e apliquem o direito de maneiras contrapostas, contraditórias, de modo a evitar que não se tutele pretensões que, em outros julgados, ora foram. Contudo, resta salientar que, muito embora os precedentes permitam uma estabilidade relativa, podem levar à proliferação de decisões não tão corretas, pelo seguimento de decisões passadas, mesmo não havendo concordância do julgador quanto ao resultado da demanda. Desta forma, restringe-se a possibilidade de evolução do direito de maneira conjunta com a da sociedade, exponencialmente, já que as mudanças sociais são de uma complexidade que, por muitas vezes, não conseguem ser acompanhadas pelo Poder Legislativo na elaboração de leis, devendo o Judiciário chamar para si a responsabilidade de adequar o ordenamento jurídico aos anseios sociais, que se transformam rapidamente, com a evolução da história e a implementação de novos valores.

O Novo Código de Processo Civil foi influenciado e muito pelo sistema da *Common Law*, ao se observar, minuciosamente, novas disposições que regulam o procedimento a ser aplicado nas relações civis em âmbito nacional. Este estreitamento e maior conexão entre as famílias jurídicas permite que haja uma influência robusta dos precedentes na sistemática processual-procedimental, sejam estes de natureza persuasiva, ou, mesmo, vinculantes, ênfase da presente monografia. O Brasil adota o sistema jurídico da *Civil Law*, cuja fonte principal do direito é a lei, estando a jurisprudência, tradicionalmente, em segundo plano. Quando há ausência de regulamentação de determinada matéria, deve-se atentar para a aplicação do art.

4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, cujo teor destaca que, em caso de omissão legal, necessita-se do manejo da analogia, costumes e princípios gerais do direito. Verifica-se, desta maneira, que os costumes não são fontes primordiais para a atividade estatal, como acontece nos países anglo-saxões. Os costumes nada mais são do que práticas sociais reiteradas cujo entendimento é de que tais condutas são vinculantes, possuem força obrigatória de cumprimento, havendo aplicação de sanções estatais em caso de não observância de seu comportamento. Subdividem-se em:¹ *secundum legis* (costumes convertidos em lei pelo Poder Legislativo competente); *praeter legis* (aplicação dos costumes em decorrência de omissão da lei); *contrarium legis* (costume que contraria o conteúdo de uma lei em sentido estrito, sendo, portanto, ilícito, como, por exemplo, a prática do jogo do bicho, jogo de azar proibido e não regulamentado pelo Poder Público, embora os proventos obtidos por sua prática sejam tributáveis – Princípio do *Pecúnia Non Olet*).

No entanto, o direito não pode ficar estagnado, já que, como mencionado anteriormente, a sociedade progride, devendo haver normas jurídicas capazes de resguardar os novos interesses, as novas ambições sociais, surgindo contemporâneas convicções acerca dos conceitos de “certo e errado”, “justo e injusto”. Apesar de o Brasil ser um país que edita muitas leis, bem como possui uma Constituição analítica, havendo inúmeras emendas constitucionais a fim de modificar formalmente o conteúdo da norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, muitas vezes a produção legiferante em massa não consegue acompanhar os rumos tomados pela coletividade, as novas necessidades a serem resguardadas, muito embora a existência de regras em demasia possa ocasionar uma insegurança jurídica aos seus destinatários, ficando imprevisíveis as consequências jurídicas de suas condutas, sejam estas negativas, sejam positivas. O excesso pode ser maléfico a aqueles que se sujeitarão aos mandamentos normativos, na relação vertical, hierarquizada existente entre o Estado, elaborador das normas jurídicas, e os cidadãos. Vale ressaltar que, como regra, as normas jurídicas são caracterizadas por sua generalidade e abstratividade, isto é, devem ser respeitadas por todos que se sujeitam a sua jurisdição, fixada em um limite territorial, bem como prescreve uma situação em abstrato, não especificando um determinado caso. Difere-se, pois, dos precedentes, uma vez que estes são constituídos ao se apreciar uma

¹ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 36ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 174.

situação concreta, em que há partes predefinidas, sendo a *ratio decidendi* do julgado a ser interpretada e aplicada às futuras lides semelhantes.

Os precedentes judiciais que serão destacados na monografia são os de natureza vinculantes, sendo aqueles que devem ser cumpridos pelo Poder Judiciário, em suas diferentes instâncias. Dentro desse gênero, existem duas espécies, que alastram a observância quanto ao seu conteúdo para a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal: as ações de controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal e a elaboração de súmulas vinculantes. Precedente pode ser visualizado sob duas perspectivas: i) como uma decisão isolada sobre um determinado caso concreto, que poderá influir no julgamento de situações futuras a surgir com uma temática parecida, sendo um reforço de argumentação jurídica; ii) como a *ratio decidendi* (tese jurídica presente na fundamentação do julgado, sendo uma norma geral proveniente da interpretação de um texto normativo) de um determinado julgado, que deverá ser, obrigatoriamente, seguida pelos demais membros do Poder Judiciário, quando de caráter vinculante. O Brasil, com o novo CPC, vai desenvolver um sistema processual voltado para a celeridade, de modo a garantir a duração razoável do processo. Apesar de ser um conceito aberto quanto ao lapso temporal razoável a ser considerado, vem sofrendo violações em sua essência, devido à morosidade e à quantidade exorbitante de processos que circunscrevem a esfera judicial.

Tendo em vista o Estado Brasileiro adotar a desvinculação entre o processo administrativo e o judicial, não sendo aquele requisito essencial para possibilitar a utilização deste, salvo em algumas exceções, como, por exemplo, para requerimento de benefício previdenciário (deve ser requerido administrativamente, previamente, ao INSS)² e em relação ao ajuizamento *de habeas-data* (devem ser esgotadas as vias administrativas, conforme Súmula 2 do STJ), há um assoberbamento de autos tramitando nos órgãos do Poder Judiciário, os quais poderiam ser resolvidos no âmbito administrativo. A transformação dos processos físicos em eletrônicos tende a agilizar o seu trâmite, já que, com a velocidade da tecnologia, permite-se executar os atos processuais de modo menos burocrático, em uma

² RE 631240/MG; Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social INSS; Recorrido: Marlene de Araújo Santos; Relator: Min. Roberto Barroso; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data do julgamento: 03/09/2014; Data da publicação: 10/11/2014; Deu-se, por maioria, parcial provimento ao recurso, vencidos, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, e, integralmente, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

plataforma online dinâmica, não precisando entregar aos serventuários do cartório judicial os autos em papel e esperar a sua distribuição, a qual, agora, ocorre de maneira automática e rápida pelo próprio sistema, garantindo-se o princípio da aleatoriedade.

Precedente não pode ser confundido com jurisprudência, porquanto esta significa o conjunto de decisões reiteradas de um tribunal sobre uma matéria específica. Quando as turmas/câmaras concordam com determinado entendimento, a jurisprudência é chamada de consolidada, isto é, não pairam dúvidas a seu respeito. A súmula já difere da jurisprudência e do precedente por ser um resumo da compreensão de um tribunal sobre uma matéria, sendo a simplificação de uma tese jurídica fixada em um precedente, expressando o pensamento de um colegiado de desembargadores/ministros, de cumprimento obrigatório por parte de juízes e tribunais (art. 927, IV, CPC/15). O precedente é um julgado, que caso seja utilizado reiterada e sucessivamente, formará uma jurisprudência. Se a mesma for consolidada ou majoritária, o tribunal irá editar súmula, que sintetizará a *ratio decidendi* criada.

Para que o sistema de precedentes vinculantes adotado com a publicação do novo código de processo civil traga benefícios às relações jurídicas já existentes e às prospectivas, o Poder Judiciário precisa ser bastante minucioso quando da análise dos fatos relevantes de um pleito. Desta forma, possibilitará verificar se o conjunto de acontecimentos, circunstâncias são semelhantes a ponto de se aplicar um precedente, uma *ratio decidendi* formalizada em um caso. Caso contrário, muitas questões podem ser resolvidas de maneira equivocada, apresentando resultados equivalentes a situações diversas, aplicando-se uma lei geral comum quando esse não seria o caminho adequado.

Esse código traz em seu bojo a proibição das decisões-surpresa pelos magistrados (art. 10), incluindo as matérias de ordem pública, que podem ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, não sofrendo os impactos do instituto da preclusão. O contraditório e a ampla defesa são essenciais para o decurso de um processo judicial correto porque permite que haja uma dialética fluida e igualitária entre as partes da demanda, possibilitando a manifestação de ambas sobre o caso, de maneira a formular uma relação triangular harmônica entre autor, réu e juiz. São princípios constitucionais previstos no art. 5º, LV, CRFB e que devem ser respeitados, rigorosamente, também, na temática dos precedentes, pois as partes podem aduzir e comprovar que o precedente paradigmático a que o julgador pretende vincular é distinto ao em análise, por possuir mais diferenças do que semelhanças e buscar tutelar um direito mais

restrito do que o julgado anterior. É a proteção contra um sistema engessado, mecanizado, que pode vir a se instalar, se não forem investigadas e observadas as peculiaridades dos casos concretos a fundo, retrocedendo à época do *boom* da escola positivista, sendo o juiz mera “boca de lei”.

O sistema dos precedentes, na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, pode ser um estímulo para uma solução mais rápida das controvérsias, a garantia da segurança jurídica e da isonomia, obtendo-se êxitos a longo prazo, desde que a atuação judicial seja bastante meticulosa quanto à verificação e interpretação dos fatos, de modo a se criar uma lei geral que possa ser aplicada, indistintamente, para hipóteses de incidências análogas, parecidas.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, TÉCNICAS E FORÇA DOS PRECEDENTES E PRINCÍPIOS A SEREM EFETIVADOS PELO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Os primeiros precedentes vinculantes do regime jurídico da *Common Law* e o controle difuso de constitucionalidade

A força normativa dos precedentes teve sua origem na Inglaterra, passando a possuir força vinculante, no início do século XIX, época marcada pela Era Vitoriana, pela continuidade das conquistas imperialistas e pelo ápice da Revolução Industrial, tendo a sua primeira utilização formal no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, de 1898.³ O direito era formado pelo julgamento de casos, não existindo direito legislado. Foi reconhecida a força dos precedentes perante os demais juízes, cuja aplicabilidade seria obrigatória, devendo ser seguida e observada. É a chamada eficácia vertical dos precedentes, pois sua aplicabilidade vai de cima para baixo, havendo uma relação hierárquica entre os aplicadores do direito. Existem situações nunca antes ocorridas, excepcionais, as quais devem ser tuteladas pelo direito. Como se deve proceder, a fim de se extrair a tese jurídica de um julgamento paradigma que servirá para outros que, porventura, possuam a mesma controvérsia? Não é uma resposta fácil, mas o importante é atentar-se, sempre, para os valores a que se busca resguardar, extraindo-se a norma individual a ser aplicada ao caso concreto, que se encontrará no dispositivo do julgado, bem como a norma do precedente, tese jurídica que será referência para os casos futuros, possuindo eficácia temporal *ex nunc*.

Outro antecedente histórico importante está no caso *Marbury x Madison*,⁴ decidido pela Corte Suprema Norte-Americana, em 1803, tornando-se um precedente para o controle de constitucionalidade difuso, que seria estabelecido naquele país e serviria, futuramente, como

³ O caso em julgamento envolvia a aplicação de princípios contábeis. O juiz considerou que o princípio da segurança jurídica possuía um conteúdo a ser tutelado mais relevante do que a possibilidade de a parte vir a ter um sofrimento causado pelo cumprimento de uma decisão do passado.

MENEZES MORAIS, Gisela Telles de. O Precedente Vinculante na Solução das Controvérsias. *Revista de Direito*. Itajaí/SC, v.14, n° 29-46, 2011.

⁴ KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre o controle de constitucionalidade: *Marbury vs. Madison* (1803). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, v.1, n. 2, p. 255-275, jul/dez. 2003.

referência para o Estado Brasileiro, com sua adoção em 1891, durante a República Velha. Consiste na possibilidade de juízes e tribunais exercerem o controle de constitucionalidade de espécies normativas federais, estaduais e municipais primárias, bem como de normas anteriores à Constituição de 1988, em que o julgador analisará a questão de inconstitucionalidade alegada, expondo-a na fundamentação da decisão judicial, e não em seu dispositivo. Caso contrário, haveria usurpação de competência do STF, órgão responsável por ser o guardião da Constituição, cabendo, em caso de não observância dos ditames constitucionais, a propositura de reclamação constitucional diretamente ao Pretório Excelso.

O mencionado julgamento americano serviu de precedente para o exercício do controle difuso de constitucionalidade para quando houvesse violação de leis federais à Constituição sintética dos Estados Unidos. O caso versava sobre a nomeação de vários juízes para cargos federais, pelo candidato derrotado na eleição presidencial norte-americana de 1800, John Adams, com o intuito de ainda exercer algum tipo de influência política e controlar os atos do governo e do Parlamento, instituição muito forte à época. Marbury foi nomeado para o cargo de secretário de justiça do candidato não vencedor das eleições, contudo não conseguiu obter o diploma comprobatório. James Madison, empossado como tal por Thomas Jefferson, não queria lhe dar o título. Diante da recusa, Marbury impetrou um *writ of mandamus* para receber tal diploma, mas diante da ausência de previsão constitucional para sua prática, a Suprema Corte decidiu declarar inconstitucional a lei federal que resguardava tal previsão. Foi um marco para o desenvolvimento do Estado Constitucional Brasileiro e do controle de constitucionalidade repressivo judicial.

1.2 Os métodos de interpretação de normas jurídicas pelos aplicadores do Direito

Existem diferentes métodos de interpretação de textos jurídicos, ocorrendo a valoração de um desses modelos operativos por parte dos julgadores, utilizando-os de maneira a criar uma norma. A interpretação gramatical/literal/linguística visa garantir uma hermenêutica baseada na literalidade de palavras e expressões, em seus significados mais comuns. É o sentido denotativo presente nos dicionários. A histórica/teleológica objetiva busca analisar o contexto em que determinada norma foi editada, os valores daquela época, os objetivos do legislador com a sua elaboração. Pretende-se conferir o verdadeiro conceito, conteúdo, acepção do texto normativo, limitando-o ao aspecto temporal, ao momento da história e aos padrões disseminados. Wróblewski (1999, apud PEIXOTO, 2015, p. 205) conceitua o

contexto funcional como sendo a base da atual interpretação histórica, mencionando que o significado de uma regra deve ser fornecida de acordo com a finalidade a ser atingida pela instituição a que aquela pertence, havendo uma investigação dos valores do período e do intérprete, reportando-se à finalidade do legislador histórico.⁵ A interpretação sistemática não tem o viés de verificar o texto normativo isoladamente, mas sim com o conjunto de regras e princípios que possuem relação com o objeto a ser discutido. O princípio da unicidade do ordenamento jurídico é de suma importância para essa corrente hermenêutica, pois esse deve ser formado por um todo unitário, seguro, não contraditório, estável. Destarte, a lei é considerada somente um elemento do sistema jurídico como um todo. A interpretação teleológica subjetiva pretende encontrar a finalidade da norma, levando-se em conta os valores sociais atuais, fornecendo efetividade a conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, em relação aos termos “justiça”, “equidade”, “bem comum”. A legislação incorpora valores tidos como relevantes pela sociedade. Esses modos de interpretação precisam pautar o exame dos fatos relevantes e do direito, recebendo a influência de preceitos, de feito a se extrair a *ratio decidendi*, uma norma geral que será aplicada a um caso concreto, sendo razões necessárias e suficientes para se atingir a uma conclusão, servindo de paradigma para outros que surgirem, que possuam um contexto fático similar ao estudado e a mesma causa de pedir jurídica, pois, como se sabe, não existem casos idênticos.

É preciso verificar a extensão da aplicabilidade do precedente, de modo a se chegar a um resultado interpretativo restrito a determinadas características fáticas do julgado, ou ampliativo, acomodando hipóteses parecidas, as quais envolvam um mesmo bem jurídico a ser tutelado. Marinoni (2013, p. 202) foi preciso ao indicar que esse conceito considera as diretrizes escolhidas e os valores que permeiam a atividade-interpretação e o raciocínio decisório, sendo possível se chegar a um resultado final utilizando-se de valores diversos.⁶ MacCormick (2008, p. 161) considera que aplicar o Direito envolve sempre uma atividade interpretativa.⁷ Qualquer norma em um texto legal, editada por uma autoridade, precisa ser entendida antes que possa ser aplicada. Logo, está-se diante de um ato de interpretação a ser efetuado pelo aplicador do direito. A interpretação não pode ser engessada porque haveria a

⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 205.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. Revista dos Tribunais Ltda, 2013. P. 202.

⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 161.

fossilização do direito, mantendo-o estático, não acompanhando a progressão social diretamente ligada ao advento da tecnologia, ferramenta indispensável para a difusão de novos pensamentos, garantindo-se a incorporação no seio social de novos direitos que merecem ser amparados pelo Poder Judiciário, em um primeiro momento e, posteriormente, pelo Legislativo, com a promulgação de leis que os positivem. Didier (2014, p. 404) relata que não apenas o texto legal deve ser objeto de interpretação, como também os precedentes judiciais, estando o julgador adstrito às circunstâncias de fato subentendidas, que foram empregues como apoio para a sua construção.⁸ “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carece de interpretação. É trabalho do aplicador extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, 2012, p. 259).⁹

1.3 Vinculação dos precedentes horizontais e verticais

Os precedentes judiciais possuem uma grande importância para os países da região anglo-saxônica, dentre eles a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, os quais adotam o sistema jurídico da *Common Law* como alicerce de sua máquina jurisdicional. Esse método de resolução de conflitos baseia-se, geralmente, na adoção de costumes, que são observados e analisados em sua completude, para que sejam extraídos os pontos primordiais que servirão como precedentes para novos conflitos de interesses que venham a ser apreciados, possuindo força e caráter de fonte primária, principal do direito, em que são extremamente relevantes os fatos, isto é, as similaridades causais. Verifica-se as circunstâncias do caso concreto, a fim de direcionar a utilização de determinado precedente. Uma decisão a ser tomada em um caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Entretanto, atualmente, esses Estados soberanos vêm alavancando sua produtividade legislativa, dando destaque, também, à fonte escrita do direito. Os precedentes possuem força vinculante horizontal e vertical, buscando-se, a todo custo, criar um ordenamento jurídico coeso, unitário, uniforme, em que o enfoque material principal é evitar a aglomeração de decisões conflitantes, as quais ocasionam o caráter de instabilidade do Poder Judiciário e a ruptura da previsibilidade que deve reger a população.

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. V.2. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. P.404.

⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. P. 259.

O precedente horizontal consiste na manutenção de um entendimento pelo mesmo tribunal, decidindo da mesma maneira questões que ele próprio decidiu no passado, ainda que tenha ocorrido mudança em sua composição ou mantendo-se os mesmos membros, ainda que mudem de ideia. Apesar de a regra ser a consistência das decisões anteriores, nesse caso podem-nas ser superadas, eventualmente, contanto que seja divulgada, pelo órgão julgador, uma fundamentação qualificada, que demonstre, de guisa patente, a importância do novo posicionamento para a evolução da sociedade, do Estado Democrático, bem como dos direitos garantias e valores fundamentais. Já o precedente vertical refere-se ao respeito às decisões dos tribunais superiores pelo juízes sujeitos a sua jurisdição, havendo uma “cadeia de comando”. Nos Estados Unidos, por exemplo, os juízes federais de primeira instância precisam seguir os precedentes dos tribunais recursais da sua região, sendo que estes devem respeitar e cumprir os precedentes da Suprema Corte. Há uma relação verticalizada de poder. Encontram-se casos que são únicos, nunca antes vistos por uma Corte, não possuindo precedentes, são os chamados “*hard cases*” ou “*matter of first impression*” (questão de primeira impressão). Diante deste quadro, o órgão julgador deverá criar o primeiro precedente, de acordo com os fatos do processo, servindo a norma geral construída para situações futuras análogas.

A força vinculante dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil, cuja produção de seus efeitos deu-se em 18/03/2016, veio com um teor mais robusto, protetor, visando, também, a garantir o princípio da duração razoável do processo, já que, como bem se sabe, o lapso temporal para que haja o trânsito em julgado de determinado processo pode durar mais de uma década, havendo, por muitas vezes, a perda de seu objeto, bem como a morte de seus postulantes. Esta morosidade na solução de conflitos vem à tona quando se depara com o sentimento dos jurisdicionados quanto à força, confiabilidade e senso-crítico de justiça que o Poder Judiciário exterioriza.

Por isso, vários mecanismos foram pensados pelo legislativo federal para que fossem garantidas decisões mais otimizadas e isonômicas, como: i) o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976/987, CPC) - ocorre quando há constante repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; ii) a assunção de competência (art. 947, CPC) – prescreve que, em caso de julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária que envolva importante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, o relator proporá que esses sejam julgados por um órgão colegiado (Órgão Especial - quando houver no órgão

fracionário pelo menos 25 julgadores – ou pelo Plenário), sendo vinculados por essa decisão os juízes e órgãos fracionários, salvo tese revista; iii) a reclamação constitucional (art. 988/993, CPC) para preservar a competência do tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões ou certificar a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou assegurar o cumprimento de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas/incidente de assunção de competência, decisões que possuirão força vinculante, servindo como precedente; iv) a necessidade de uniformização das jurisprudências dos tribunais nacionais (art. 926, CPC) para que as decisões judiciais não careçam de uniformidade, coerência jurídica; v) o julgamento por amostragem de recursos especiais e extraordinários repetitivos (1036/1037, CPC), que estabelece que quando existirem vários recursos extraordinários ou especiais cujo fundamento seja a mesma questão de direito, haverá afetação para julgamento de dois processos que serão considerados os paradigmas, modelos e deverão ser aplicados aos sobrestados na segunda instância, a menos que seja comprovada, pela parte, a diferença entre a questão a ser decidida em seu processo e a decisão vinculante proferida; vii) as hipóteses elencadas no art. 927, CPC, inovando, principalmente, no que se refere à observância aos enunciados de súmulas do STF e STJ em matérias constitucional e infraconstitucional, respectivamente, bem como a orientação do Plenário ou do Órgão Especial aos quais estiverem vinculados, não mais possuindo esses eficácia somente em relação ao caso em julgamento, que deve pautar a análise da questão de mérito a ser decidida pelo órgão fracionário (colegiado) formado por desembargadores, como também estendendo seus efeitos para todos os demais (eficácia *erga omnes*).

Importante transcorrer entre as diferenças existentes entre aprender com o passado e pensar com base em precedentes. Enquanto que o primeiro utiliza-se de experiências para a tomada de decisões, ou seja, adota a instrumentalidade pra elucidar problemas, o segundo estabelece que um tribunal deve seguir suas decisões passadas, não porque continua concordando com o entendimento anteriormente exposto, mas apenas para garantir a estabilidade, a consistência, sem levar em consideração a correção de eventuais erros. Os juízes de primeiro grau devem manter os precedentes vinculantes adotados pela instância superior pelo simples motivo de serem hierarquicamente inferiores na escala da carreira, mesmo não sendo persuadidos por tal decisão ou tendo entendimento contrário ao adotado no passado por seus superiores.

1.4 Conceitos importantes sobre a aplicação dos precedentes judiciais

Quando se analisa um determinado caso, importante, desde o princípio, estabelecer qual o seu objeto, o que o demandante pretende obter com o ajuizamento de uma ação, sua finalidade processual. Após, deve-se elucidar o caso ao se debruçar a fundo nos elementos causais, nas questões fáticas, na realidade, no *status quo* que embasa a pretensão do demandante para, posteriormente, verificar o direito que deverá ser aplicado para melhor elucidar a ocorrência em destaque. No sistema anglo-saxão, o foco principal dos julgadores consiste na verificação do acontecimento, das circunstâncias, de maneira a criar um precedente nunca antes utilizado, nas hipóteses de matéria jamais antes conhecida e discutida. Quando é uma demanda que já foi julgada pelo tribunal e possui decisões anteriores em determinado sentido, estas devem ser seguidas, com o intuito de garantir a segurança jurídica dos julgados, bem como a isonomia entre todos que postularam a proteção de um mesmo bem jurídico, cuja realidade dos fatos é bastante semelhante, ou seja, possui mais pontos convergentes do que diferenças, havendo identidade de teses jurídicas. Para tanto, faz-se necessária uma breve explicação acerca de alguns conceitos que estão presentes na temática dos precedentes, bem como de técnicas a serem utilizadas pelos julgadores no momento de proferirem suas decisões.

1.4.1 Da técnica do *distinguishing*

Existem situações que adentram ao âmbito judicial que, por mais que se verifique a existência de semelhanças, as discrepâncias são maiores (*distinguishing*), motivo pelo qual não seria correto ambos os sujeitos da demanda receberem um mesmo tipo de tutela estatal, devendo ser criadas normas jurídicas gerais diferentes para os casos em discussão. Nestas hipóteses, não se pode utilizar uma tese jurídica que se refira a um caso parecido, pois se estaria aplicando um mesmo fundamento para casos divergentes, os quais receberiam uma mesma conclusão, não se alcançando o elemento substancial do processo, a justiça, essencial ao bem-estar, ao apaziguamento de conflitos sociais, sendo um conceito jurídico indeterminado, que permite uma gama de definições e interpretações, de acordo com os valores dos julgadores, ideais, crenças. O aplicador do direito deve interpretar o evento de

maneira não ampliativa demasiadamente a ponto de declarar que duas situações distintas sejam tratadas como iguais, dando margem à iniquidade e à arbitrariedade.¹⁰

1.4.2 Da técnica do *overruling* - revisão de precedentes pelos tribunais

Um precedente pode ser revisto e, normalmente, isto decorre com o passar do tempo, em uma transição gradual e não abrupta, em que novas demandas sociais surgem com a evolução do mundo, refletindo nos ideais de uma sociedade mais justa, plural, igual e fraterna, embora a estabilidade deva prevalecer a princípio, para que seja perpetuada a segurança jurídica, até o momento em que seja verificada a não observância de direitos fundamentais e valores sociais, razões pela qual a jurisprudência deve ser transformada. A mentalidade humana, no decorrer da história, foi se aperfeiçoando em busca de uma convivência harmoniosa entre os seus semelhantes e o respeito às diversidades, pois todas as regras impostas e tidas como dogmáticas têm exceções e estas devem ser protegidas e consideradas. Conforme demonstrou Aristóteles (1984), grande pensador grego, em seu livro “Ética a Nicômaco”, aqueles considerados iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente à proporção de suas diferenças.¹¹ Trata-se da isonomia material/substantiva, cujo foco é a participação de todas as pessoas que compõem uma coletividade, com igualdade de oportunidades na integralidade de segmentos. É o que se busca efetivar no século XXI, nos Estados Democráticos de Direito. Marinoni diz, a respeito da superação de um precedente:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistemática – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta (MARINONI, 2011, p. 393).¹²

¹⁰ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 143/145.

FPPC 306 – “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. Tradução Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984. P.124. Título original: *Ἠθικὰ Νικομάχεια*

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 393.

FPPC 322 – “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

O precedente pode ser modificado de maneira expressa, com uma nova interpretação e orientação acerca de uma temática, excluindo a reflexão anterior de modo evidente, categórico, formal e explícito, ou, tacitamente, com a adoção de uma nova orientação que contraria a anteriormente adotada.

No Brasil, os tribunais editarão súmulas simplificando sua jurisprudência dominante, atentando-se para os fatos dos precedentes que motivaram sua criação. O STF, órgão supremo, de cúpula do Poder Judiciário, pode converter sua jurisprudência em súmula vinculante, de ofício ou mediante provocação, por dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que goza de efeitos vinculantes perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta em todas as esferas - federal, estadual e municipal - art. 103-A, CRFB. A revisão, o cancelamento e outras providências referentes às súmulas vinculantes são regulamentadas na Lei 11.417/2006.

1.4.3 Da distinção entre os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*

A expressão *ratio decidendi* (*holding*, nos Estados Unidos) tem um significado relevante no que concerne à análise de um precedente para que seja aplicado a um caso que possua fatos relevantes em comum e a mesma fundamentação jurídica. Consiste na interpretação de fatos e do direito existente, criando-se uma norma geral, tese jurídica que estará demonstrada na fundamentação do julgado, os reais e importantes motivos a serem expostos que levaram determinado órgão a julgar daquela maneira. É a explicitação de como se chegou a um resultado, a uma conclusão singular. Cramer (2016, p.77/86/88/102) relata que o precedente pode ter dois significados: o próprio e o impróprio. O primeiro é a decisão judicial de onde será encontrada e retirada a tese jurídica proveniente da interpretação do precedente e o segundo consiste na norma extraída do julgado, a qual será utilizada para situações futuras. Conceitua precedente como sendo “todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos”. Além disso, enuncia os três elementos constitutivos para que um pronunciamento judicial seja considerado um precedente: ter sido julgado por um tribunal; ser uma norma nova utilizada como critério jurídico para processos

futuros, independentemente de possuírem caráter persuasivo ou vinculante; ter tornado-se estável.¹³

O *obiter dictum* não é sinônimo do termo *holding*. Aquele consiste em argumentos extras, não relacionados à situação em testilha, que não servem para fundamentar uma decisão e demonstrar como se obteve determinada conclusão. São afirmações desnecessárias, as quais não têm relação direta com os fatos relevantes apresentados ao órgão julgador.

1.4.4 Da diferença entre *overruling* e *overriding* e as suas importâncias para a evolução do Direito

Um outro ponto que causa dúvidas em muitos estudiosos do direito diz respeito à diferenciação entre as expressões *overruling* e *overriding*. Enquanto o primeiro estabelece que um precedente pode ser revisto e modificado por meio de novos argumentos, de acordo com a evolução da sociedade e das novas ambições coletivas, havendo uma revogação do entendimento anterior, podendo ser expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*),¹⁴ o segundo consiste na restrição da extensão de um precedente, impedindo-se uma interpretação ampliativa de seu conteúdo, pela posterior elaboração de uma regra ou princípio legal, ou seja, de um *holding*. Há uma superação parcial de uma compreensão, percepção antes adotada e invocada.

O precedente obrigatório não pode ficar estagnado a ponto de deixar de resguardar os interesses humanos em geral, os valores criados pela coletividade, que requer um olhar crítico dos poderes estatais. O Direito evolui no tempo, assim como a sociedade. Muitos pensamentos e preceitos tidos como corretos no passado, são, no presente momento, vistos de

¹³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 77/86/88/102.

FPPC 318 - Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão, ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”.

¹⁴ Freddie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira argumentam que o *overruling* é uma técnica utilizada para a superação de um precedente, sendo o anterior posicionamento substituído por outro, podendo ser efetivada de maneira expressa ou tácita. Ocorre, expressamente, quando o tribunal *ad quem* adota uma nova concepção acerca de um determinado tema, abandonando a anterior, sendo manifestada, claramente, sua ruptura com a opinião inicial do tribunal. Já a tácita, dá-se com a adoção de uma orientação que se opõe ao entendimento manifestado *a priori*, não obstante sem que ocorra sua substituição, de modo expresso. DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. P.409.

maneira discrepante, pela maioria das pessoas. Assim, a evolução social, política, econômica e cultural deve ser observada, por exemplo, pelo Poder Legislativo, com a edição de novas espécies normativas que ratifiquem a vontade dos cidadãos, desde que haja o respeito aos direitos das minorias e a proteção aos direitos e garantias fundamentais, característica estas do Estado Democrático de Direito. Necessário lembrar que o contrário também é verídico. O Direito colabora e muito para a mudança social. Isto porque prescreve determinadas condutas que não devem ser praticadas e estabelece novos modos de comportamento. Em caso de descumprimento, o Estado tem o poder de se utilizar de sanções (poder de polícia administrativo ou judicial) para asseverar o bem-estar de todos que compõem uma sociedade.

O Direito não é completo, sem lacunas, isento de valores morais, como tentou demonstrar a escola positivista de pensamento. Não se pode dissociar Direito e Moral. São dois institutos que se relacionam. O Direito é uma ciência não exata, não podendo ser comprovada por meio de experimentos, mas não é uma ciência pura, objetiva, autônoma, pois contém traços da psicologia, sociologia, ética e de outras ciências.¹⁵ Portanto, um precedente obrigatório não pode ser aplicado ao longo dos anos, sem que haja um estudo bem elaborado acerca da axiologia desenvolvida e cultivada pelos jurisdicionados.

Exemplo disso é o casamento homossexual, uma conquista social. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão pertencente ao Poder Judiciário e responsável por sua fiscalização financeira e administrativa, além de verificar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, parágrafo 4º, CRFB), entendeu pela legalidade do casamento gay, sendo editada a Resolução nº 175, de 14/05/2013, que dispôs sobre habilitação e celebração de casamento civil, bem como de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, permitindo que os mesmos pudessem casar-se no civil, assim como é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, transmitido e divulgado por sua jurisprudência.¹⁶

¹⁵ Hans Kelsen, grande filósofo adepto da escola do Positivismo Jurídico, compreendia que a ciência jurídica deveria ser estudada de maneira pura, cujo objeto epistemológico consistiria na análise das normas, sem a influência de outras ciências alheias ao Direito, pois, caso contrário, estaria sujeita ao fracasso. Relatava que o Direito consistia em estabelecer normas de dever-ser, descrevendo como os indivíduos sujeitos a um poder soberano deveriam praticar suas condutas. Inexiste uma moral absoluta, os valores são relativos, negando a existência de uma única moral válida, sendo um defensor da separação entre o Direito e a Moral.

¹⁶ Teor da Resolução nº 175/2013: disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 22 nov. 2016.

Quando do julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 pelo Pretório Excelso, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski adotou o posicionamento de que deveriam ser aplicadas às uniões homoafetivas, tidas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações. A interpretação dos art. 226, parágrafo 3º, CRFB e arts. 1.514 , 1.521, 1.523 , 1.535 e 1.565 do CC/2002 em prol da proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi um importante passo para demonstrar que o direito à felicidade dessa classe minoritária deve ser resguardado, exigindo-se da comunidade, como um todo, o respeito à pluralidade sexual, almejando-se a criação de uma sociedade mais justa e menos preconceituosa.¹⁷ Portanto, um precedente deve acompanhar os novos valores sociais, buscando-se atingir os objetivos descritos no art. 3º, CRFB.

1.5 Os princípios que norteiam a aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro

1.5.1 Da fundamentação das decisões judiciais

O Poder Público, em decorrência do princípio constitucional da publicidade descrito no art. 37 da Constituição de 1988, precisa motivar todos os seus atos, sob pena de serem considerados nulos, ou seja, declarados inválidos, ilegais, salvo segredo de justiça. Tanto os atos administrativos como as decisões judiciais necessitam conter o real motivo de sua manifestação, realizando a conjugação das razões fáticas e jurídicas que contribuíram para o convencimento da autoridade, a qual está exercendo suas funções. Trata-se da Teoria do Livre Convencimento Motivado,¹⁸ não extinta com o CPC/15, conforme explicita Fernando da Fonseca Gajardoni, compreendendo o Sistema do Livre Convencimento Motivado de modo

¹⁷ As ADI 4.277/DF e ADPF/RJ 132-3/800, ambas de relatoria do até então ministro do STF, Sr. Ayres Britto, foram chamadas para serem julgadas conjuntamente, sendo firmado o entendimento pela Corte Suprema no sentido de reconhecer a união homoafetiva estável como entidade familiar.

¹⁸ “O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto”. NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P.519.

divergente em relação aos doutrinadores adiante.¹⁹ Lênio Streck, Fredie Didier, Dierle Nunes, Luis Henrique Volpe entendem que, em razão da supressão do termo “livremente”, tal concepção de valoração probante não está contemplada pelo CPC/15, em razão de o mesmo não dispor de uma redação correspondente ao art. 131, CPC/1973. Com isso, Streck argumenta que a atuação jurisdicional não pode se basear na convicção arbitrária e dogmática do julgador, conforme suas consciências. Deve-se apreciar as provas existentes, enfrentando-se todos os argumentos das partes. A persuasão deve ser racional.²⁰ Isso permite que sejam conhecidos os fundamentos autorizadores de tais conclusões, tornando viável que os afetados negativamente por determinado entendimento possam exercer o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), de guiza a realizarem suas defesas com base nos motivos expostos pela autoridades administrativas ou judiciárias. Objetiva-se convencer os julgadores de que a decisão anterior foi prolatada erroneamente, sem levar em consideração determinado aspecto tido como importante e não analisado.

No caso dos precedentes obrigatórios do Poder Judiciário, a fundamentação das decisões judiciais é ainda mais considerável, haja vista que a *ratio decidendi*, norma geral elaborada a partir de um caso concreto, é obtida pela fundamentação do juiz/órgão julgador, que demonstrará de que maneira chegou àquela conclusão, baseando-se em quais premissas, destacando os pontos-chave daquele julgado. Os elementos das decisões judiciais são: relatório (descrição do nome das partes, breve resumo do caso concreto e do atos processuais realizados); fundamentação (análise das questões de fato e de direito enunciadas pelas partes, dispondo sobre elas); dispositivo. O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto tanto na Constituição da República (art. 93, IX, com redação dada pela EC 45/2004), quanto no novo Código de Processo Civil (arts. 11, 489, §1º c/c incisos e 927, §1º), sendo

¹⁹ “O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais”. FONSECA GAJARDONI, Fernando da. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<https://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em 15 out. 2016.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento no NCPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 29 de abril de 2017.

derivado do Estado Democrático de Direito e dos princípios e garantias fundamentais. Conforme disciplina o CPC/2015, os julgados precisam ser motivados. Não há fundamentação, nas seguintes hipóteses descritas pelo art. 489, §1º e seus incisos do NCPC,

In verbis:

Art 489, § 1º “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (grifo meu)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (grifo meu)

Os legisladores deste novo Código de Processo Civil tiveram êxito quanto à clareza da redação do dispositivo citado e transcrito acima, tornando mais substancial o conceito de “fundamentação” de qualquer decisão judicial a ser prolatada. Isso implicará na necessidade de os aplicadores do direito serem mais cuidados e minuciosos na realização de suas decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, visando respeitar o direito de exercício pleno e regular do contraditório e da ampla defesa recursal das partes e do devido processo legal, devendo este ser contínuo e correto, sem ocasionar lesões. De outra forma, suas decisões serão consideradas nulas e, conseqüentemente, sem efeitos jurídicos.

As decisões judiciais feitas de qualquer modo por juízes, desembargadores e ministros à luz do CPC/73, não terão mais espaço com o CPC atual. Na vigência da Lei 5.925/73, o que mais se observou foram decisões redigidas sem fundamentação, vazias de conteúdo, somente com a indicação de dispositivo jurídico a ser utilizado, sem explicitar a sua relação com o caso em julgamento. Alguns operadores do direito foram arbitrários, violadores de direitos fundamentais e do emprego do procedimento processual adequado, desequilibrando a relação entre as partes, rompendo com a paridade de forças e de oportunidades.

O art. 489, V, CPC trata da fundamentação de precedentes. Enuncia que se o órgão julgador monocrático ou colegiado se limitar a invocar precedente, sem realizar a

identificação de seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta àqueles motivos, será declarada nula sua decisão. Isto ocorre em virtude da possibilidade de os fatos relevantes, aqueles que são primordiais, essenciais para o entendimento do contexto fático-probatório discutido nos autos judiciais, não possuírem muitos pontos em comum com os de outro processo julgado anteriormente, devendo ser demonstrada a *ratio* que se quer atribuir natureza vinculativa. Por isso, a motivação é de extrema importância e utilidade, porquanto autorizará às partes conhecerem as reais justificativas do julgado, de maneira a que possam se manifestar pela eventual distinção entre os dois eventos a que se busca tutela.

Destarte, a impossibilidade de serem proferidas decisões-surpresa, como prevê o art. 10 do CPC/2015, concretiza o legítimo direito de defesa dos sujeitos processuais, pois torna obrigatória a oportunidade de manifestação de qualquer dos sujeitos da demanda antes da decisão judicial, que tenha com base fundamento até então não discutido/refutado, mesmo quando se referirem às matérias que podem ser declaradas de ofício, por presença de interesse público. O contraditório prévio é próprio dos precedentes vinculantes. O interessado tem a faculdade de apresentar a existência de *distinguishing*, comprovando a presença de distinção entre o caso em observação e outro tido como paradigma, seja em virtude de os fatos indispensáveis não serem conexos, havendo total discordância entre eles, seja porque, apesar de existirem fatos relacionados, as peculiaridades do caso em concreto em julgamento são mais substanciais a ponto de impedir a aplicação do precedente evocado pela autoridade judiciária, seja pela não aplicação de determinada norma jurídica.

Importante ressaltar que existem, no Código de Processo Civil de 2015, precedentes persuasivos, os quais não tem a aptidão de vincular o seu entendimento, de maneira a tornar obrigatória a contemplação de seus termos; precedentes vinculantes, que se encontram em diversos dispositivos legais já citados, devendo ser seguidos, se for entendido que há semelhança necessária dos fatos relevantes capaz de gerar uma mesma tese jurídica. Caso os juízes e tribunais não manifestem a existência de um precedente vinculante apto a ser aplicado ao caso concreto, por não conhecimento de sua existência ou por outra falha humana, caberá oposição de embargos de declaração, em decorrência da omissão do julgador (art. 1022, parágrafo único, I, CPC/15) ²¹, bem como a de outros recursos, quando a parte não se utilizar

²¹ Art. 1022, § único: “Considera-se omissa a decisão que:

do recurso antecedente, objetivando invalidar a decisão, transbordada de defeitos, restando a reclamação constitucional e, por último, a ação rescisória. A parte essencial da fundamentação das decisões judiciais é a *ratio decidendi*, que será o meio utilizado para se chegar a um veredito, sendo indispensável haver o elo lógico-racional nessa relação de causa e efeitos.

A *ratio decidendi* não engloba os argumentos que não têm relação com o caso concreto, aqueles que são citados apenas para demonstrar o conhecimento do julgador sobre determinado assunto ou para complementar seu raciocínio. Não vinculam os casos pospositivos, sendo razões acessórias. Procura-se evitar que os próprios juízes e tribunais profiram decisões contrárias ao redor do território brasileiro, que se refiram a um mesmo direito invocado, com a aparente presença de circunstâncias fáticas parecidas, o que ocasionaria, caso não fosse adotada uma mesma interpretação, sérios riscos ao bom funcionamento do Poder Judiciário, como acontece hoje em dia. Os mais afetados são os jurisdicionados, que estão a *mercê* de uma manifestação de determinada autoridade judicial, devendo contar com a sorte para que sua pretensão seja acolhida, de acordo com o órgão destinatário da distribuição de sua petição inicial/recurso. A prevenção do juízo garante sua competência para processar e julgar a demanda, bem como as que foram conexas a ela, perpetuando sua jurisdição.

A motivação das decisões exerce duas funções, uma endoprocessual e outra extraprocessual. A aplicabilidade dentro do processo permite à parte prejudicada pela sentença interpor o recurso cabível, sabendo-se as verdadeiras razões que fizeram o julgador a não concordar com os seus interesses. Possibilita, outrossim, o controle interno da decisão judicial pelo órgão superior. Quanto à função extraprocessual, significa que o povo pode controlar as decisões proferidas.²² Destarte, defronte à teoria do precedente, a função extraprocessual deve ganhar novos contornos, sendo mais útil e relevante, identificando as questões de fato consideradas como indispensáveis à solução das lides e se abalizando, detalhadamente, à tese jurídica a ser aplicada, precisamente pelo fato de a fundamentação

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”

²² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

conter a norma geral, um modelo de entendimento a ser exposto para a coletividade e para os demais órgãos do Judiciário.

1.5.2 Da isonomia jurídica

O termo “igualdade” possui uma enorme gama de significados presentes no dicionário. Pode ser entendido como qualidade daquilo que é igual ou que não apresenta diferenças, expressão da relação entre duas quantidades iguais, equação; identidade de condições entre membros da mesma sociedade; qualidade que consiste em estar em conformidade com o que é justo e correto; equidade; justiça. Diante de tantas definições, cabe realizar o desenvolvimento do valor semântico de igualdade jurídica/isonomia. A Constituição Brasileira de 1988 menciona, em seu art. 5º, *caput* que todos são iguais perante a lei, não havendo distinção de qualquer natureza entre os residentes no Estado Brasileiro. Trata-se de igualdade formal, a qual prescreve que todos serão tratados de modo igualitário pela lei, não existindo benesses a determinadas pessoas, salvo quando constitucionalmente autorizadas, sem que as vantagens sejam estabelecidas, arbitrariamente. É a igualdade na lei, devendo as normas jurídicas serem aplicadas indistintamente aos que estão sujeitos à jurisdição de um determinado Estado. Esse tipo de igualdade teve grande destaque com as Revoluções Americana e Francesa, que buscaram garantir a isonomia de tratamento advinda da lei, que teria como função principal limitar o poder do governante. É um direito de primeira geração, sendo um direito individual tutelado após a derrubada de um sistema explorador, diferenciador e não inclusivo.

A igualdade material tem a sua concepção fortalecida logo depois da Segunda Guerra Mundial, tendo, Aristóteles, como precursor dessa ideia, filosofia, teoria, datada de 325 a.C. Com o intuito de devolver direitos e garantias restringidos/abolidos neste lapso temporal, às suas populações, os Estados necessitavam reestruturar-se e elaborar novas ordens constitucionais, de forma a perpetuar a aptidão de seus jurisdicionados de serem verdadeiros cidadãos, considerarem-se incluídos e respeitados pelo governo, participando de deliberações, manifestando suas opiniões, sendo, pois, efetivada a Democracia, a qual estabelece a soberania do povo como condição fundamental para o desenvolvimento de um país, de suas funções estatais e de todo o arcabouço da máquina pública. Os governantes são representantes do povo, possuindo sua atuação limitada pela lei, devendo calcar suas políticas públicas na integração e incorporação de todas as classes sociais, sem promover distinções inconstitucionais. As minorias precisam ser reconhecidas pelo Estado, não podendo o ente

soberano abandoná-las. “Esta espécie de igualdade respeita as características individuais do ser humano. Com isso, busca-se dar tratamento desigual a determinadas pessoas, a fim de que elas tenham as mesmas oportunidades e satisfações de direitos” (PADILHA, 2014, p. 550-551).²³

O Estado Democrático de Direito surgiu, na Europa, na metade do século XX, tendo o Brasil o adotado no final do referido século, perpetuando-se até os dias atuais. Procura-se, com a sua promulgação, criar, desenvolver e perenizar uma sociedade isonômica, justa, em que possam ser praticados atos da vida civil de maneira ampla, sem restrições, assegurando-se a liberdade de acesso às mesmas oportunidades para todos. A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência destinada a “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. Verifica-se que o Estado deve atuar em razão da melhora de condições de acessibilidade daqueles que sofrem com a falta de possibilidades e com o olhar de desconfiança quanto as suas capacidades e potencial, estando, por muitas vezes, fora do mercado de trabalho e sendo considerados inválidos. Trata-se da isonomia material, que deve ser propagada nas ações dos indivíduos e do Estado para abranger e resguardar os direitos dos que são colocados à margem da sociedade.

A Constituição Republicana do Brasil trouxe, em seu art. 37, VIII, a seguinte disposição: lei deve reservar um percentual para pessoas portadoras de deficiência para cargos e empregos públicos, definindo critérios de sua admissão. A redação do artigo visa respeitar um dos mais importantes princípios estruturantes da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, sendo um conceito jurídico indeterminado, mas que, com certeza, engloba o respeito às diferenças em todos os campos do saber e o fornecimento de meios adequados a permitir igualdade de chances e oportunidades entre os cidadãos. É imprescindível a desigualdade de tratamento na medida das desigualdades existentes, para se perpetuar a isonomia jurídica.

No campo dos precedentes, o termo isonomia jurídica ganha uma nova feição. Existe um enorme volume de processos no Poder Judiciário brasileiro (no ano de 2014, conforme

²³ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014. P. 550-551.

dados do Conselho Nacional de Justiça, 99,7 milhões de processos tramitaram no Judiciário brasileiro, enquanto que, em 2015, esse número superou 102 milhões), havendo similariedade fática e de direito em muitas situações, sendo casos repetitivos. A justiça comum é formada pelas justiças estaduais e federais, cujas primeiras instâncias são formada por juízes, que prolatarão decisões monocráticas. Nas segundas instâncias, o julgamento de um processo cabe aos tribunais formados por desembargadores, que, em regra, decidirão o pleito de maneira colegiada. Por fim, existem os tribunais superiores, formados por ministros, tendo como funções a uniformização da legislação no Brasil e a proteção da Constituição, sendo esta última atividade a ser desempenhada pelo STF. O Brasil, por ser um país que se utiliza do sistema germânico-romano, tem um Poder Judiciário muito apegado à lei como fonte principal do direito, de maneira a verificar se o seu teor consiste no acolhimento ou não da pretensão descrita na exordial. Contudo, situações bastante semelhantes do ponto de vista fático e jurídico vêm sendo interpretadas de modos distintos por autoridades judiciárias, o que impede o fornecimento de um tratamento igualitário para pessoas que possuem uma demanda judicial com circunstâncias de fato convergentes, não lhes garantindo a mesma solução da controvérsia sobre um suposto direito violado alegado. Marinoni assim interpreta “isonomia”: “Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação” (MARINONI, 2010, P.17-18).²⁴

A sistemática de precedentes obrigatórios no processo civil tende a diminuir a discrepância de resultados antagônicos para situações um tanto quanto parecidas, permitindo que os postulantes que se encontrem em similar contexto de acontecimentos possam receber uma mesma resposta jurídica de todos os membros deste Poder. Todavia, para que isso seja possível, o Poder Judiciário precisa estar atento à causa de pedir apresentada na peça distribuída. Isto porque, caso não aja com cautela, concentração e prudência, pode resolver casos similares de maneiras opostas e situações diferentes, igualmente, o que impedirá que esta nova sistemática logre êxitos, pois gerará uma desordem, insegurança e falta de isonomia entre os diversos requerentes que estejam esperando uma resposta rápida, eficaz e equivalente para fatos, eventos correlatos, equivalentes, com o objetivo de que seja concretizada a justiça.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2011. P. 17-18.

Justiça, neste caso, não possui relação com a necessidade de que seja proferido um julgamento entendido como correto, preciso, mas sim com um tratamento igual a pessoas que se encontrem em uma mesma situação, para que não haja um peso e duas medidas, dispondo de um mesmo *feedback* estatal.

O princípio da igualdade jurídica está relacionado com o princípio da motivação, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da segurança jurídica, sendo todos amparados pela lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro (Constituição da República), que serve de parâmetro de validade formal e material para as demais espécies normativas. A conexão entre esses institutos é de fácil compreensão, senão vejamos: para que uma decisão seja considerada válida e apta a produzir seus efeitos jurídicos, precisam ser manifestados de modo claro, inequívoco e completo os motivos que levaram o julgador a se posicionar de tal forma, deduzindo e concluindo um caso para determinada direção, percepção. A fundamentação, com a prolação de um resultado, possui a *ratio decidendi* do julgado. É uma proposição específica, uma norma geral criada, juntando-se os capítulos fáticos e de direito em um só momento, extraindo-se o real sentido a ser utilizado para o caso em análise e julgamento. A isonomia jurídica requer que, casos similares sejam julgados da mesma maneira, com a intenção de não existir insegurança jurídica, decisões completamente excludentes entre si. A motivação tem um papel crucial, sob a presente perspectiva. A motivação busca explicitar clara e satisfatoriamente quais fatos foram tidos como essenciais pelo julgador, para que fosse encontrado o direito a ser utilizado nesta situação, criando-se uma tese jurídica a ser implementada e continuamente observada, até que se entenda que tal manifestação de pensamento já não mais atende às aspirações sociais, estando-a obsoleta, defasada, antiquada, pela complexidade da sociedade.

Ao realizar a motivação do julgado, as partes tem a possibilidade de indicar e salientar que os fatos discutidos em suas demandas nada tem em comum com o precedente a que se quer vinculá-la, não sendo passível de usufruto. É a técnica do *distinguishing*. Distinguir os elementos fáticos, de forma a evitar que um mesmo direito seja aplicado e se chegue a uma semelhante conclusão para o caso sob deliberação. É a garantia constitucional e legal de as partes serem as protagonistas dos processos, enunciando suas convicções, atuando efusivamente, estando em pé de igualdade com o magistrado e demais sujeitos do processo, elevando a relação tríplice processual entre autor/réu/juiz a um nível de amplas garantias, deveres e respeito aos momentos de manifestação de cada um, tutelando-se a linearidade, o

devido processo legal e o bom funcionamento do Poder Judiciário, ao traçar uma sistemática processual conectiva, isonômica, integrativa, inclusiva, condizente e harmônica. Essa técnica pode ser desempenhada pelo magistrado, ao indicar a existência de distinção entre o caso em julgamento e o alegado pela parte como de observância obrigatória, motivando sua decisão de não seguir um precedente, súmula ou jurisprudência. Pode aduzir, também, a superação do entendimento para não resolver de maneira semelhante duas situações jurídicas (art. 926, VI, CPC/15, *a contrario sensu*).

Como diz o dito popular, “o tempo é inimigo da perfeição”, se o Poder Judiciário não estiver focado e concentrado quando da comparação entre fatos essenciais de duas demandas, querendo agilizar suas atividades a qualquer custo, poderá acabar se utilizando de um equivocado precedente, gerando uma crise institucional marcada pela fragilidade, inoperatividade, irresponsabilidade e insegurança, causando um caos na órbita jurídica. Demonstrará aos jurisdicionados e à sociedade, ao atuar de maneira afoita, sua incompetência em dissociar situações no exercício de suas funções.

O princípio citado anteriormente é um alicerce, uma base de sustentação à dinâmica do sistema de precedentes vinculantes. Entretanto, observar-se-á que, para que seja garantida a previsibilidade momentânea dos julgados, as regras de transição entre um entendimento adotado pelo Poder Judiciário e tido como correto pela sociedade e o surgimento de uma nova visão acerca de um tema, com a formação de uma nova *ratio decidendi*, utilizando-se como parâmetro-objeto a evolução social, cultural, econômica, etc, promovida com o decorrer do tempo, da história, precisa ser gradual, paulatina. Não se pode surpreender os jurisdicionados de maneira injusta, apesar de o direito precisar caminhar a passos largos, de acordo com o progresso da humanidade e seus novos paradigmas. O direito precisa estar em movimento, buscando resguardar, cada vez mais, novos direitos e garantias fundamentais, valores modernos, integrativos, plurais, fortalecendo-se um Estado Democrático de Direito, sua natureza, suas bases teórico-normativas, seus fins e os princípios que devem galgar o desenvolvimento do Poder Público e das pessoas sujeitas a sua jurisdição. Marinoni (2011, p.123) aduz que a segurança jurídica tem como escopo garantir a estabilidade da ordem jurídica, devendo o Direito ter um mínimo de continuidade, não só no que se refere à atuação jurisdicional, como também a legiferante.²⁵ Na mesma linha de raciocínio:

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 123.

Evidentemente, os precedentes trazem segurança jurídica, gerando, sobretudo, estabilidade para o ordenamento. Estabilidade que não se confunde com imutabilidade, porquanto significa que o precedente deve ter continuidade, até que haja algum motivo para modifica-lo. (CRAMER, 2016, P.64).²⁶

Essa transformação da norma geral, portanto, não pode ser abrupta, sob a possibilidade de ocasionar prejuízos imensuráveis ao princípio da segurança jurídica, devendo o julgador modular os efeitos para que não seja atingida a confiança justificada depositada pelas partes de uma demanda no órgão julgador, carecendo de proteção os efeitos do precedente que pautou as decisões anteriores, como regra. O tema “segurança jurídica” será tratado no tópico 1.5.4, com o intuito de esmiuçar esse instituto jurídico e relacioná-lo com a força vinculante dos precedentes, demonstrando como, a depender do entendimento dos julgadores quanto aos efeitos temporais a serem adotados para uma nova *ratio decidendi*, tornando a anterior ultrapassada, podem impactar a isonomia e a segurança jurídica, normas constitucionais de eficácia plena, direta e imediata, não precisando sofrer a intervenção do Poder Legislativo federal para regulamentá-las, pois dotam de aplicação imediata.

1.5.3 Da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo traz em seu bojo o direito de os jurisdicionados obterem uma resolução definitiva rápida, eficiente de um conflito de interesses suscitado na esfera jurisdicional, observando-se as garantias processuais das partes da demanda. O Poder Judiciário recebe inúmeros processos ao longo dos anos, que poderiam e deveriam ser solucionados na seara administrativa, com um acordo entre o Poder Público e o requerente, mas nem sempre tal premissa acontece. Isso otimizaria o número de processos nos tribunais. Além disso, o Judiciário não possui uma infraestrutura adequada em várias localidades do Brasil, acarretando prejuízo na atuação dos magistrados. A precariedade de instalações e a falta de equipamentos que garantam uma qualidade de trabalho para seus membros implica, outrossim, no aglomeramento e na falta de movimentação e atualização dos status dos processos. Atualmente, a população brasileira é composta, aproximadamente, por

²⁶ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 64.

quase duzentos e sete milhões de pessoas, existindo nos tribunais, mais de 102 milhões de processos, conforme dados do CNJ, no ano de 2015.²⁷

Uma outra variável que acarreta na desaceleração e demora para que uma ação transite em julgado, isto é, não possa mais ser aduzida em juízo, tendo em vista a falta de interposição de recurso no prazo legal ou o esgotamento das instâncias judiciais, fazendo coisa julgada formal e material, é a existência de muitos recursos na seara do direito. Apesar de serem necessários para que se evite a prolação de decisões injustas, incorretas, por erro do aplicador de uma regra ao violar algum dispositivo normativo, a quantidade de recursos existentes no processo civil é exorbitante, o que prolonga no tempo a definição de um caso.²⁸

Há processos que, desde a propositura da ação até a data atual, perfazem mais de dezesseis anos, sem ter uma decisão imutável, inalterável, não permitindo aos demandantes saberem, ao certo, se suas pretensões serão acolhidas. No Processo Civil brasileiro, como prevê o art. 994 e seus incisos, são cabíveis nove tipos de recursos, sendo uma quantidade em demasia, a despeito de ser indispensável ao bom funcionamento e à segurança do Poder Judiciário a possibilidade de as partes, irredutíveis com determinada decisão judicial, utilizarem-se de recursos a serem analisados por uma instância superior, teoricamente mais qualificada, ocorrendo a produção de seus efeitos devolutivos. Um outro ponto a ser levantado é a interposição de recursos protelatórios, que somente procuram obstruir a Justiça, retardar o regular andamento dos processos, havendo abusos ao direito de recorrer. É uma das hipóteses descritas no art. 80 e incisos do NCPC. As multas a serem cominadas pela prática de tal conduta deveriam ser mais pesadas, desde que não ultrapassassem os valores da razoabilidade, pois se estaria praticando uma conduta arbitrária, ilegítima. Meramente deste modo, as partes de um processo iriam pensar e muito antes de usar deste artifício ardil. Infelizmente, as pessoas só deixam de praticar atos ilegais, contrários à boa-fé objetiva processual quando “sentem nos bolsos”.

²⁷ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016 – Infográficos: ano-base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2017.

²⁸ Andre Vasconcelos Roque entende que os principais fatores que impedem o cumprimento do princípio da duração razoável do processo são de três ordens: i) estrutural; ii) técnica; iii) sócio-política. Dentre os exemplos de causas de natureza “técnica”, destaca a falta de prestígio de primeira instância, em decorrência da ampla quantidade de recursos interpostos, bem como pelo fato de o Código de Processo Civil ter adotado um rígido sistema de preclusões. ROQUE, Andre Vasconcelos. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, , v. 7, n. 7, p. 237-263, jan./jun. 2011.

Com a nova roupagem trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, valorizando-se os precedentes vinculantes, esse inchaço processual tende a ser reduzido, com o desenvolvimento de uma sistemática de observância obrigatória de precedentes e a correta atuação dos juízes e tribunais, visando a minimizar o congestionamento de processos e a morosidade do Poder Judiciário, sendo este um dos fatores principais para a ausência de confiabilidade populacional nessa instituição, tida como ineficaz, inoperante, conservadora, política e pouco confiável. O princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXXVIII) foi inserido na Constituição de 1988, com o advento da EC 45/2004, que trouxe em seu conteúdo reformas ao Poder Judiciário. A redação dessa emenda constitucional garante não apenas a celeridade de tramitação de processos nos tribunais, como também na via administrativa. Os jurisdicionados requerem uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

O Pacto de São José da Costa Rica²⁹ foi internalizado pelo Brasil, em 1992, apesar de ter sido criado em 1969, tendo havido um incessante debate acerca do status normativo a ser-lhe atribuído. Alguns doutrinadores, como, por exemplo, Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan³⁰ entendiam que o presente tratado internacional deveria ter status constitucional, em decorrência do disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, CRFB, enquanto que, por outro lado, Celso Duvivier de Albuquerque era favorável à internalização do citado tratado internacional como norma supraconstitucional, isto é, com um status superior à própria Constituição. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzido o art. 5º, §3º, CRFB, dispondo que os tratados internacionais internalizados com o quórum de 3/5 em dois turnos por ambas as casas legislativas federais gozariam de status de emenda constitucional. Como a Convenção Americana do Pacto de São José da Costa Rica foi

²⁹ Esta Convenção aprovada pelo Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo e sancionada pelo Presidente da República Itamar Franco, pelo Decreto Executivo nº 678, foi internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio, consagrando direitos civis e políticos, tais como: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, direito à integridade pessoal, à liberdade pessoal e às garantias judiciais, proteção da honra e da dignidade, à liberdade religiosa e de consciência, à liberdade de pensamento e de expressão, à livre associação e reunião, além do direito ao nome, a uma nacionalidade e a igualdade perante a lei.

³⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

internalizada antes do surgimento desta EC 45/2004, iniciou-se este impasse. No julgamento do RE 466.343-1/São Paulo, os ministros do STF entenderam, por maioria, que o supracitado pacto deveria ter status de norma supralegal, isto é, possuiria uma hierarquia acima das leis infraconstitucionais e abaixo da Constituição Federal. O mencionado tratado já trazia as bases do devido processo legal, em seu art. 8º, que trata das garantias judiciais. Eis a reprodução do dispositivo:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Portanto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro está voltado para uma efetiva e satisfatória atuação jurisdicional, buscando-se a proteção de direitos e garantias fundamentais em um breve espaço temporal, de maneira a tornar o sistema normativo-processual mais dinâmico e preservador de princípios e valores constitucionais. Se a prática coadunasse com a teoria descrita nas normas jurídicas, o Poder Judiciário brasileiro seria uma das entidades mais admiradas e tidas por sua população, como modelo de uma justiça garantista, competente e efetiva. Mauro Cappelletti, assim dispõe:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquela que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso a justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8.)³¹

O Poder Judiciário precisa demonstrar uma capacidade de compreender o conjunto fático das ações a que tiver que resolver. É extremamente importante, para que sejam evitadas ofensas à isonomia e à segurança jurídica, que se verifique a compatibilidade entre as circunstâncias dos eventos, direcionando-os para o uso ou não de um mesmo direito e uma correspondente solução jurídica. Um precedente deve ser utilizado como parâmetro para casos

³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 8.

que envolvam fatos similares, cabendo a aplicação, para o caso ora analisado, da tese jurídica geral formulada no caso julgado *a priori*, estabilizando as relações jurídicas equivalentes, propiciando manter um equilíbrio de entendimento entre os diversos órgãos do Judiciário, uniformizando sua interpretação e garantindo um relacionamento homogêneo e convergente acerca de determinada matéria fático-jurídica. Assim, o Poder Judiciário tornar-se-á uma instituição coesa, ordenada, segura, com uma hierarquização pré-definida, em que dúvidas não pairam quanto à necessidade de respeito aos precedentes vinculantes para a dinamicidade, harmonicidade e efetividade na tutela de direitos fundamentais.

O princípio da duração razoável do processo provém do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5, XXXV, CRFB), o qual garante que, em hipótese alguma, lei excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça do direito. Todas as pessoas devem ter acesso ao Judiciário, independentemente de qualquer variante, sendo um direito fundamental individual estruturante do conceito de Democracia. Lamentavelmente, a falta de estudos de uma grande parcela da população impossibilita o conhecimento da existência deste Poder como uma instância resolutora de conflitos. “Os “não partes” são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”.³² Quando recebem essa informação e ingressam com uma ação, em muitas ocasiões já houve o perecimento do direito alegado, tido como violado, ocorrendo a extinção do processo com resolução do mérito por perda de uma pretensão (prescrição) ou de um direito não exercido no prazo legal (decadência) – art. 487, II, NCPC. É neste quesito que se verifica o quão relevante é o papel da Defensoria Pública para a sociedade, garantindo a possibilidade de os necessitados economicamente serem assistidos juridicamente de modo integral e gratuito na esfera jurisdicional, na defesa de seus direitos (arts. 134, 5º, LXXIV, CRFB).

1.5.4 Da segurança jurídica

O termo segurança significa estabilidade, firmeza, situação em que nada há de temer. A segurança jurídica é um importante princípio constitucional presente nos incisos XXXVI, XXXIX, XL do artigo 5º da CRFB. O primeiro deles enuncia que “a lei não prejudicará o

³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O direito adquirido é uma vantagem legal incorporada ao patrimônio jurídico de um sujeito, não podendo ser extinta por lei posterior revogadora da anterior, sob pena de romper com a segurança obtida com a redação conferida pela norma jurídica que a estabeleceu. O ato jurídico perfeito é o ato consumado, que já produziu seus efeitos durante a vigência de uma lei, com o preenchimento de requisitos indispensáveis a sua formação. Já a coisa julgada é aquela que não pode mais ser modificada, ter seu conteúdo transformado, em decorrência de perda do prazo legal para interpor recursos, havendo a preclusão temporal, ou quando todas as instâncias do Poder Judiciário foram esgotadas, tanto as ordinárias quanto as extraordinárias. Busca-se tutelar determinada condição jurídica, o exaurimento dos efeitos de uma relação jurídica e a imutabilidade de decisão judicial irreversível, não retroagindo a lei *a posterior* editada, de modo a garantir a segurança, as consequências já compreendidas pelos jurisdicionados quando da prática de determinada conduta, em uma relação de causa e efeito. Marinoni (2011, p. 139) faz uma distinção um tanto interessante e relevante em relação à confiança advinda de um precedente vinculante e a proveniente da coisa julgada. No primeiro, a confiança dos demandantes é depositada na orientação firmada pelos tribunais, no exercício de sua jurisdição, enquanto que, no segundo, a convicção, a firmeza refere-se à imutabilidade do ato do Poder Judiciário.³³

No direito penal, a segurança jurídica encontra sua sustentação em três fatos: i) não há crime sem lei anterior que o defina ii) um crime só é considerado realizado quando uma lei anterior a sua prática o estabeleça como fato típico, ilícito e culpável, devendo constar no dispositivo normativo, previamente, o preceito secundário (pena a ser cominada), com o intuito de o sujeito ativo de um crime já tenha pleno conhecimento dos resultados de sua ação/omissão; iii) a lei penal só poderá retroagir para beneficiar o réu, sendo, portanto, uma exceção ao princípio da irretroatividade nas normas jurídicas. Nucci (2014, p. 63) descreve que somente lei em sentido estrito pode prever tipos penais, bem como que lei penal incriminadora apenas poderá ser aplicada a uma situação fática, caso tenha sido criada antes da ocorrência da conduta a que busca tutelar. Em relação à irretroatividade, leis novas que começam a produzir seus efeitos, não podem ser utilizadas para casos consumados sob a

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 139.

égide de outra, a menos que a lei penal ulterior seja mais benéfica.³⁴ Marinoni (2011, p. 121-122) argumenta que a segurança jurídica é um valor fundamental, sendo um direito inviolável presente na Constituição da República, estando a Lei Máxima repleta de dispositivos que buscam protegê-la, tais como os incisos XXXIX (princípio da legalidade e da anterioridade) e XL (não retroatividade da lei penal desfavorável ao réu).³⁵

O processo civil é regulado pelo Princípio do *Tempus Regit Actum*, expressão latina que denota que os atos jurídicos devem ser amparados pela lei em vigor na época de suas práticas, não podendo sofrer influência de uma nova legislação que surgiu em um momento posterior. Contudo, o citado princípio sofreu uma mitigação no novo Código de Processo Civil de 2015, o qual descreve em seu art. 1046 que, ao entrar em vigor a Lei 13.105/2015, suas disposições serão aplicadas desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Deve-se ter em mente que, como regra, leis novas não podem ter seus efeitos temporais para trás, alcançando situações que ocorreram na vigência de uma outra lei. Seus efeitos devem começar a valer do momento de sua publicação, desde que não seja instituído *vacatio legis*, lapso temporal entre a data de publicação de uma lei e o início da produção de seus efeitos jurídicos. Caso não seja expressamente redigido, o prazo será o de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme menciona o art. 1º, *caput* da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Lei 12.376/2010. Essa estrutura permite delimitar a aplicabilidade de uma espécie normativa, procurando evitar que ocorra uma insegurança, uma desordem jurídico-social.

Com a força dos precedentes vinculantes no NCPC, importante inquirição merece ênfase: caberia modulação dos efeitos de um novo precedente vinculante que revogou um anterior já desgastado, por não mais conseguir retratar a axiologia vigente na sociedade?

Quando um precedente é criado, os jurisdicionados, ao praticarem determinadas condutas, já sabem as consequências a que terão que se submeter. É a conhecida confiança justificada advinda da aplicação de um precedente de maneira reiterada, contínua, que institui aos sujeitos de direito uma previsibilidade acerca da possibilidade de êxito em suas demandas.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 63.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 121-122.

É óbvio que o direito precisa ser atualizado quando as razões determinantes (*ratio decidendi*) já não mais confirmam as ambições humanas, o *status quo*. A eficácia temporal quando da superação dos precedentes é tradicionalmente retroativa. Contudo, diante de situações que tinham como parâmetro de confiança legítima o precedente revogado, os efeitos da nova interpretação não podem retroagir (efeitos *ex tunc*), sob pena de ruptura da segurança jurídica. A alegação de que caso houvesse a modulação dos efeitos de um precedente estaria se invadindo a competência do Poder Legislativo porque cabe a este estabelecer uma hipótese normativa de transição e a aquele o julgamento de casos concretos, não pode prosperar. A modulação de efeitos deve abarcar, além da declaração de inconstitucionalidade (art. 27, Lei nº 9868/99), a questão envolvendo revogação de um entendimento anterior, pois, como é sabido, objetiva-se preservar o sujeito processual de uma surpresa injusta, que se caracteriza pela implementação repentina de uma nova percepção, não sendo esperada o usufruto desta modificação de maneira tão rápida, contrariando todas as expectativas depositadas pelos demandantes quando da solução de uma lide em que são partes.

A constante alteração é um tanto salutar para o caminhar e evolução de uma sociedade porque, como dito no capítulo passado, a realidade social interfere demais nas novas concepções jurídicas, e o Direito, quando se antevém ao progresso histórico, cultural, permite que a sociedade se adeque aos seus novos anseios. Entretanto, para que seja protegida a segurança jurídica e a confiança legítima, os precedentes não podem ser modificados a todo instante, pois, caso contrário a instabilidade organizacional e jurídica estaria implementada. O entendimento anterior não pode ser considerado injusto, equivocado, pelo simples fato de ter sido transformado, a menos que, desde os primórdios de sua incidência, afastava-se dos interesses sociais, não reconhecia direitos fundamentais, não galgando de legitimidade, apoio popular.

O entendimento jurisprudencial evolui, na medida em que se verifica que o seu conteúdo não espelha mais, como anteriormente, as variações sociais. O Judiciário Brasileiro, em todas os ramos do Direito, sempre deve ser garantidor de direitos fundamentais, tendo como respaldo os valores constitucionais, que tanto foram esquecidos durante a história, permitindo que toda a coletividade seja vista como um conjunto de cidadãos, no sentido de serem considerados membros de uma *pólis*, os quais se organizam e participam da vida

pública do Estado a que pertencem, manifestando suas ideias, desde que não atuem violando direitos alheios. Seriam componentes de uma verdadeira Democracia.³⁶

O conceito de segurança jurídica possui uma relação muito estreita com o de justiça. Sem pretensão de esgotar o tema, percebe-se que a noção de justiça é aberta, vaga, permitindo variadas interpretações sobre o seu significado, sendo um conceito jurídico indeterminado, que justificará a atuação jurisdicional discricionária, uma vez que o aplicador do direito irá utilizar seu entendimento, baseado em uma carga valorativa própria sobre o sentido e a extensão deste termo, visando delimitar sua análise sobre a referida palavra.

Platão, filósofo do período clássico da Grécia Antiga, compreendia que justiça estaria evidente na relação entre o equilíbrio social e o individual. Um Estado só seria considerado justo, caso assim fossem os indivíduos que o compõem. Sua concepção de justiça estava relacionada à consecução da justiça social, um projeto da pólis, em que todos vivessem, harmonicamente, ao exercerem as funções a que possuísem aptidões. A justiça ideal não é paupável, não existe, porquanto todos os indivíduos precisam ser justos e não há como isso ocorrer em cidades injustas. A justiça seria a virtude restante, é o princípio da divisão do trabalho e da especialização das funções que foram consignadas a seus habitantes, excluindo-se a sabedoria (principal virtude do Estado, demonstrada na atuação em prol da comunidade da classe dos chefes); coragem (os auxiliares dos chefes, defensores do território); temperança (pertence a todas as classes, havendo a submissão dos elementos inferiores). “Definitivamente, a justiça constitui a própria condição das outras virtudes. Geradora de ordem e força, está na origem de todo progresso moral” (PLATÃO, 1965, p. 26-27).³⁷ Portanto, pode-se descrever que justiça, para o mencionado pensador, perpetua-se apenas quando cada indivíduo exerce as atividades a que tem habilidades.

Para Aristóteles (1984, p. 121), discípulo de Platão, a justiça total ocorre quando são cumpridas as leis estabelecidas. “Os homens entendem por justiça a disposição de caráter que

³⁶ A pólis era o modelo das antigas cidades gregas, no Período da Grécia Antiga, sendo denominada, também, de cidades-Estados. Eram cidades independentes tanto do ponto de vista político como econômico, formadas por uma comunidade organizada, em que os cidadãos participavam dos debates sobre os rumos das cidades de que pertenciam. Havia três instituições políticas importantes: Assembléia do Povo, o Conselho Aristocrático e os Magistrados.

³⁷ Platão. *A República*. Volume 1. Introdução e Notas de Robert Baccou. Tradução J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965. P. 26-27.

torra as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo”. O homem sem lei não é justo, já aquele que a respeita é justo, tendo suas condutas legitimadas pelo cumprimento dos atos legislativos. A justiça particular busca concretizar a isonomia entre as pessoas e entre as coisas. A justiça particular é dividida em corretiva e distributiva, sendo que aquela se subdivide em restaurativa (procura restaurar um dano cometido, com a aplicação de pena) e comutativa (busca a igualdade nas relações contratuais). A justiça distributiva tem como escopo dar a cada um o que merece de acordo com suas virtudes, que são visualizadas na prática. Como exemplificação de sua teoria, uma passagem de seu livro sobre justiça distributiva: “(...) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro) (...)” (ARISTÓTELES, 1984, p. 124).³⁸

John Rawls, autor norte-americano, relata que uma sociedade bem estruturada reparte de uma concepção pública de justiça que regula um conjunto de pessoas como um todo. Para tanto, desenvolveu a teoria da Justiça como equidade. Segundo Rawls (2000, p. 13), os princípios da justiça são provenientes de um consentimento entre indivíduos livres e racionais, aceitos em uma posição original de igualdade, para garantir seus próprios interesses.³⁹ O primeiro princípio seria o direito à igualdade de liberdades básicas entre as pessoas que compõem uma sociedade. O segundo princípio é conhecido como o “da diferença”, o qual consiste na ordenação das desigualdades sociais e econômicas de modo a serem vantajosas dentro de um limite razoável e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. A igualdade de oportunidades é um de seus elementos. É a justiça social, um dos principais valores e metas a serem concretizados pelo Brasil, Estado Social e Democrático de Direito, em suas políticas públicas, como ideia principal deste filósofo.

Como visto, o conceito de “justiça” é interpretado divergentemente por filósofos, estudiosos, possuindo uma aceção não unânime, definida, ganhando novos contornos e denotações com a progressão da humanidade. No direito brasileiro, os aplicadores das normas jurídicas utilizam-nas a fim de atingirem a justiça, baseando-se em valores morais, políticos,

³⁸ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Livro V. Tradução Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984. P. 121-124. Título original: *Ηθικὰ Νικομάχεια*.

³⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P.13. Título original: *A theory of justice*.

religiosos, culturais, científicos. O que é justo para uns, para outros é considerado injusto. É um termo abrangente, amplificativo, repleto de carga valorativa, que prevê embates no plano das ideias. Seria possível definir que a justiça ocorre no plano qualitativo ao se analisar uma situação específica, em que determinado acontecimento pode atingir um número maior ou menor de pessoas?

Sandel (2012, p. 30-33),⁴⁰ filósofo político norte-americano, entende que não, apresentando-nos um exemplo: um trem está desgovernado, havendo um maquinista dentro deste meio de transporte tentando freá-lo e trabalhadores nos trilhos. A locomotiva está saindo dos trilhos para o lado direito, existindo cinco operários nessa direção. Se o maquinista girar a alavanca, matará apenas um. Seria justo, em virtude da menor quantidade de vítimas, direcioná-lo para a esquerda? É óbvio que tal assertiva não tem uma resposta pronta e acabada. Algumas pessoas entenderão que o maquinista deve preservar as cinco vidas, pois o número de pessoas a serem atingidas é maior. Outros, argumentarão no sentido de que o trem já estaria pendendo para o lado direito, não sendo justo jogá-lo para o outro lado, já que o operário que ali se encontra não sofreria, naturalmente, as consequências desta situação anômala, do sinistro a se concretizar. Então, a justiça está nos olhos de quem vê e na mente dos seres racionais.

Não existe uma manifestação de sentido indiscutivelmente correta. Isso dependerá de uma visão pessoal, subjetiva, intrínseca, baseada em valores. A segurança jurídica está intimamente conexa à justiça porque a desordem normativa, a existência de decisões conflitantes para casos surgidos sob a aplicação de uma mesma lei, a falta de previsibilidade dos jurisdicionados, a possibilidade de serem adotadas novas consequências para as condutas praticadas anteriormente a sua criação/edição, a atuação contrária à boa-fé objetiva por parte do Estado geram uma injustiça no resultado a ser declarado.

Justiça, no caso dos precedentes, é a tutela de todas as pessoas que foram atingidas por uma mudança súbita de um entendimento firme, seguro, anteriormente publicizado, não sendo justo serem abarcadas por um novo posicionamento adotado, sem que houvesse o prévio conhecimento desta ruptura, pois estariam sendo surpreendidas com a promoção de novas

⁴⁰ SANDEL, Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. P. 30/33. Título original: Justice.

consequências para fatos que já tinham uma perspectiva de resultado estável. A justiça poderia ser vislumbrada com a implantação de uma política transacional gradual, para que todos tivessem conhecimento e assimilassem as novas percepções dos tribunais a respeito de situações que foram consagradas, anteriormente, unanimemente e que, sofreriam um ajustamento na sua interpretação. Todavia, para casos envolvendo questões tributárias, no Brasil, beneficiando os contribuintes, a retroatividade deve ser aduzida e utilizada, conforme será demonstrado ao longo da presente monografia.

CAPÍTULO 2

OS PRECEDENTES VINCULANTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (STF e STJ)

2.1 Considerações iniciais sobre o Poder Judiciário e as competências constitucionais do STF e STJ

O sistema processual civil brasileiro desenvolveu-se a ponto de estabelecer que a jurisprudência, fonte normativa secundária para os países adeptos da *Civil Law*, teria uma rígida importância e capacidade para transformar o direito brasileiro em um todo organizado, correlato, em que fossem respeitadas as decisões dos órgãos de cúpula, que funcionam como uniformizadores da interpretação da legislação federal e constitucional, desempenhando um papel fundamental para a segurança jurídica do ordenamento jurídico, uma vez que vincularia os demais órgãos do Poder Judiciário, os quais detêm uma relação de hierarquia e obediência para com o STJ e STF.

A estrutura do Poder Judiciário é formada pelos juízes singulares, de primeira instância, os quais realizam o julgamento monocrático de uma demanda, analisando as questões de fato e de direito do processo, bem como as provas produzidas, objetivando proferir uma decisão judicial bem fundamentada, de acordo com os elementos demonstrados nos autos. É o chamado Princípio do Livre Convencimento Motivado, que mesmo que não esteja expressamente descrito nos artigos da Lei 13.105/2015, não foi extinto pelo legislador federal, devendo reger as relações processuais. O segundo grau de jurisdição é formado por desembargadores, que decidirão as causas de maneira colegiada, pelo voto de ministros pertencentes a um órgão fracionário, divididos em turmas e câmaras, a depender do âmbito de atuação, se federal ou estadual. Posteriormente, a um nível acima, estão os Tribunais Superiores, aos quais incumbe a uniformização da legislação e a garantia do cumprimento e respeito à Constituição da República Federativa do Brasil, nesse último caso, competência do Supremo Tribunal Federal. Eles não se debruçam sobre os fatos e provas descritos e produzidos no juízo de piso, somente em relação às questões de direito.

O Superior Tribunal de Justiça realiza a uniformização da legislação federal, o Tribunal Superior do Trabalho possui a competência para uniformizar a jurisprudência trabalhista brasileira e assim por diante. O Supremo Tribunal Federal é um órgão formado por onze

ministros, a quem cabe proteger a Constituição da República Federativa do Brasil contra atos de qualquer Poder, que contrariem seu conteúdo, violadores tanto das normas constitucionais originárias, como das normas constitucionais secundárias e dos tratados de direitos humanos internalizados com o quórum de emenda constitucional. É o guardião da lei suprema brasileira, promulgada em Assembleia Nacional Constituinte por representantes eleitos pelo povo – soberania popular - (art. 1º, parágrafo único, CRFB).

O STF/STJ podem desempenhar suas competências de três maneiras: i) por meio da interposição de recursos perante as instâncias ordinárias até o STJ e/ou STF, com a interposição de recurso especial e/ou extraordinário; ii) com a interposição de recursos ordinários perante o STF, versando sobre o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; crime político (arts. 102, II, “a” e “b”, CRFB). Em relação ao STJ, os recursos ordinários de *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (art. 105, II, “a”, “b” e “c”, CRFB); iii) pela competência originária que possuem para processar e julgar. No caso do STJ, a referida competência está positivada no art. 105, I, alíneas “a” até “i”. Em relação ao STF, cabe-lhe processar e julgar originalmente ações de controle abstrato, remédios constitucionais em relação a determinadas autoridades, bem como pedidos de extradição, entre outras possibilidades prescritas no art. 102, I, “a” até “r”.

2.2 Precedentes vinculantes dos tribunais superiores à moda brasileira e a sua relação com a problemática da crise numérico processual

O NCPC/2015 deu grande destaque aos precedentes dos tribunais superiores, dentre os quais se deve enfatizar os proferidos pelo STF e STJ. São eles: i) o art. 927, IV, que se refere à observância obrigatória de juízes e tribunais nos enunciados de súmulas em matéria constitucional e infraconstitucional; ii) os arts. 1036/1037 que disciplinam o julgamento por amostragem, o qual ocorrerá quando várias ações versarem sobre uma mesma controvérsia

jurídica, havendo o sobrestamento dos demais processos nos tribunais de segunda instância à espera de uma decisão definitiva sobre a discordância existente em dois processos que subiram ao STJ ou STF, os quais servirão de modelo para os demais e vincularão seu resultado àqueles que ficaram retidos. Vislumbra-se que, como os precedentes vinculantes ganharam bastante notoriedade com a entrada em vigor da Lei. 13.101/2015, os juízes e tribunais precisam garantir uma justa aplicação deste instituto, ao analisarem profundamente os elementos fáticos essenciais para a adoção de uma norma geral, que apesar de possuir efeitos *inter partes*, pois proferida em um determinado processo, havendo interesse subjetivo, será vinculada aos demais casos semelhantes que versarem sobre uma mesma questão de direito e apresentarem uma causa de pedir fática similar, capaz de garantir a todos os postulantes que se encontrem nestas situações uma mesma tutela jurisdicional, tornando os julgamentos um indicativo de que a isonomia jurídica será conservada e perpetuada pelo Poder Judiciário.

Esse Poder terá uma responsabilidade ainda maior em seus trabalhos para com a população porque precisa recuperar a antiga confiança depositada em sua atuação, relação esta que se encontra abalada, desgastada e em crise, pela descrença em sua competência para resguardar direitos fundamentais, produzir a justiça e ser efetivo, por sua morosidade, havendo autos que não possuem uma decisão final de mérito faz décadas.⁴¹ Para melhor elucidação da problemática do tempo, serão elaboradas tabelas a fim de demonstrar a estagnação processual na Justiça Comum, por exemplo, com números de 2015 publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, no tópico “Justiça em Números 2016”:

	Tempo da Sentença	Tempo da Baixa	Tempo Pendente
Primeiro Grau	1 ano e 6 meses	10 meses	2 anos e 10 meses
Segundo Grau	8 meses	7 meses	2 anos e 1 mês
Execução	4 anos e três meses	4 anos e 3 meses	8 anos e 5 meses

Tabela 1

⁴¹ Segundo o relatório “Índice de Confiança na Justiça” (ICJBrasil), elaborado no primeiro semestre do ano de 2016, pela Escola de Direito da FGV de São Paulo, em que foram entrevistadas pessoas de 7 estados (Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Bahia e Amazonas), além do Distrito Federal, o Poder Judiciário tem, apenas, 29% da confiança da população, figurando na parte intermediária do gráfico da pesquisa. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf> Acesso em 28 de maio de 2017.

	Casos Novos	Sentença	Baixados	Pendentes
Primeiro Grau	15.850.903	15.144.181	16.657.020	60.712.605
Segundo Grau	3.460.666	3.800.962	3.416.090	3.250.546
Tribunal Superior	538.313	621.427	582.639	696.795

Tabela 2

Diante das tabelas expostas, fica evidente que o Poder Judiciário não está conseguindo acompanhar o tanto de processos que surgem, congestionando todo o sistema jurisdicional com a lentidão demonstrada no prosseguimento das etapas para a resolução definitiva de demandas, que já se encontram em uma situação de “abandono”, ocorrendo, em muitos casos, a morte dos postulantes antes de sua solução, pela demora na tutela estatal. A existência de demandas repetitivas pode ser considerada uma parcela negativa significativa para o quadro atual. A adoção dos precedentes vinculantes, nos casos com questões de fato semelhantes e de direito idênticas, vai ser um grande benefício para desencorajar a litigância. Pode-se concluir pelos dados apresentados que, a cada ano que passa, a população está se utilizando mais do Poder Judiciário para que ele intervenha, saindo da inércia com a provocação de sua atuação, de modo a se verem resguardadas de supostas violações a direitos aduzidos. O número de casos novos perante os juízos de piso, de segundo grau e tribunais superiores, quase ultrapassa o número de 20 milhões. O Poder Judiciário está assoberbado, não somente pelo número de autos que possui em suas repartições, como também pela existência de alguns magistrados e servidores públicos que realizam seus serviços de maneira pouco efetiva, com baixa produtividade, sem se preocuparem com a crise institucional que a sociedade brasileira está vivenciando no dia a dia, com a ausência de perspectiva, por parte dos cidadãos, em um Judiciário atuante e eficiente, cumpridor de seus compromissos e de suas competências perante os seus jurisdicionados, bem como pela litigância de má-fé de advogados que vão atuando de forma protelatória, abusando do direito de recorrer, trazendo transtornos à efetividade judicial.

Como já mencionado, a jurisprudência tornou-se extremamente visível no novo Código de Processo Civil, em razão da nova abordagem em relação aos efeitos da aplicação dos precedentes vinculantes. O artigo 926, CPC/2015 é claro no sentido de determinar que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, a fim de trazerem uma ordem ao ordenamento jurídico brasileiro, que sofrerá as influências de conceitos da família da *Common Law*, havendo aspectos congruentes, embora seja adotado um sistema de precedentes vinculantes à

brasileira, derivado da aplicação das leis e não de um direito formado a partir de casos julgados. De fato, isso pode implicar em um retorno ao exegismo, à técnica da subsunção, com a formação de uma nova figura: o juiz “boca de precedente”.⁴² Câmara (2017, p. 377) salienta que, no Direito brasileiro, formula-se o precedente “para ser precedente vinculante”, visto que a lei, em sentido estrito, já estabelece quais são as decisões judiciais que deverão ser seguidas, vinculando seu teor. Ao contrário do que ocorre no sistema jurídico da *Common Law*, em que um caso apenas se torna precedente, quando outro com características fático-jurídicas bastante similares adentra ao Poder Judiciário.⁴³ Logo, a hermenêutica torna-se muito importante para que o novo sistema de precedentes vinculantes tenha sucesso, ao permitir ao magistrado dissociar duas situações em investigação, suas características e singularidades. Outrossim, é de observância obrigatória dos juízes e tribunais “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (art. 927, IV, NCPC).

O Superior Tribunal de Justiça é uma corte de vértice, que dará a solução final a respeito da atribuição de sentidos a um direito federal infraconstitucional, não existindo nenhum outro órgão capaz de revisar seu entendimento sobre questões federais, conforme estabelece a Constituição da República. Os tribunais inferiores hierarquicamente, bem como os juízes estarão vinculados a sua manifestação, ao precedente delineado. Embora possam não concordar com determinada interpretação, são obrigados a segui-la, pelo simples fato de o STJ ser o responsável pela uniformização jurídica federal, a ser desenvolvida quando interposto um recurso especial, alegando que uma decisão proferida por quaisquer Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios ou Tribunais Regionais Federais contrariou tratado ou lei federal, negou-lhes vigência, julgou válido ato de governo local contraditado perante lei federal ou deu interpretação divergente da que lhe tinha atribuído outro tribunal à lei federal (art. 105, III, “a”, “b”, “c”, CRFB). A lei máxima brasileira atribuiu tal competência ao Superior Tribunal de Justiça, incumbindo-lhe a uniformização de interpretações diversas sobre um dispositivo de lei. Quando não observadas suas decisões, caberia a propositura de reclamação constitucional (art. 988, II, CPC/15).

⁴² RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*. Rio Grande do Sul, v.2, n.5, mai. 2012.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. P. 377.

Contudo, às vezes, o precedente criado pelo STJ está desatualizado, não mais convergindo com a evolução social, precisando ser modificado. Em algumas situações, será necessária a ruptura sucessiva, paulatina, buscando que sejam resguardados os princípios constitucionais norteadores dos precedentes, a segurança e isonomia jurídicas, a confiança legítima e a proibição de imposição de uma decisão-surpresa aos jurisdicionados, com a atuação contraditória e rápida do Poder Público, sem permitir a assimilação da nova percepção instituída pelo tribunal superior, pelos estudiosos do direito, demais tribunais e juízes. Impede-se que possa ser debatido de maneira abrangente, satisfatória os motivos que o levaram a modificar drasticamente um posicionamento anterior consolidado. Além disso, nem sempre um caso a ser julgado pela referida corte tem um semelhante conjunto fático e jurídico apto a ensejar a aplicação imediata de um precedente estabelecido *a priori*.

O sistema de precedentes vinculantes não pode ser utilizado para generalizar todos os casos endereçados a sua análise, pois se assim fosse, haveria uma mera aplicação reiterada de um caso decidido antes, que tenha algo em comum. É preciso distinguir os casos concretos, valendo-se de um estudo aplicado, concentrado, cauteloso dos ministros que compõem este órgão, para que não se atribua iguais decisões para processos contraditórios, em que os acontecimentos explicitados na lide possuem mais pontos adversos do que similares, impedindo-se, assim, a aplicabilidade dos princípios da igualdade jurídica e da justiça, já que os dois autos em discussão não estão em um patamar equivalente, não podendo receber o mesmo tratamento pelas autoridades jurisdicionais, sob pena de banalização e de uso desproporcional, irrazoável e mecânico do instituto, em que seus aplicadores seriam simples “bocas da lei”, no caso, de precedentes, sem se importar com a realidade descrita e demonstrada.

2.2.1 O papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e a vinculação das súmulas do STF e STJ

O Supremo Tribunal Federal é o órgão maior da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, a quem incumbe, pela redação do art. 102, III, “a”, “b”, “c”, “d”, CRFB, julgar, por meio da interposição de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida tiver um conteúdo que viola artigo da Constituição Cidadã; declarar a inconstitucionalidade de determinado tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contrariado diante da Constituição; julgar válida lei local contestada perante

lei federal. A última competência descrita não incumbe ao STJ. O motivo da afirmativa anterior decorre do fato de caber ao STF a análise de conflito de competência legislativa entre os estados e a União, entes políticos dotados de autonomia, de capacidade de auto-governo e de auto-organização (adoção, pelo constituinte originário, da forma federativa centrífuga de Estado). As normas jurídicas sobre a organização do Estado são formal e materialmente constitucionais, sendo atribuição da Corte Suprema do país a proteção de sua Lei Maior, seja pelo sistema de controle difuso (recurso extraordinário), seja pelo concentrado (inconstitucionalidade formal orgânica). Diante da redação trazida pela EC 45/2004,⁴⁴ não restam dúvidas sobre a real competência no especificado caso.

O Pretório Excelso, como é conhecido o STF, é o guardião da Constituição da República, a quem compete verificar se houve abuso das disposições da norma suprema, seja referente a direitos e garantias fundamentais individuais, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos poderes, forma federativa de Estado (art. 60, parágrafo 4º, I, II, III, IV, CRFB), seja em relação às normas formalmente constitucionais, originárias/derivadas ou aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo quórum de 3/5 na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos. A espécie normativa do ápice é parâmetro de validade formal e material para os demais atos normativos primários. O parâmetro de validade formal relaciona-se com a iniciativa, o procedimento, a competência dos entes federativos. O material, com o seu conteúdo, independentemente de tal inconstitucionalidade ter se efetivado no momento de sua criação ou supervenientemente. O STF, além de realizar o controle concentrado de constitucionalidade, quando do ajuizamento de ADI, ADC, ADO e ADPF pelas autoridades elencadas no art. 103, CRFB e nas legislações especiais (Lei 9868/99; Lei 9882/99), é de sua competência a análise de recursos extraordinários, cabendo-lhe decidir, na fundamentação de seu julgado, sobre eventual inconstitucionalidade alegada, por ser uma demanda que possui como pedido a tutela de um direito subjetivo, tendo o entendimento a ser expressado pelo STF, em controle difuso de

⁴⁴ A Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, foi publicada em 31.12.2004, trazendo significativas mudanças ao texto constitucional, em especial no que se refere à ampliação da competência da Justiça do Trabalho (art. 114, CRFB), à constitucionalização dos Tratados de Direitos Humanos, desde que aprovados com quórum de emenda, a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em caso de crimes contra a humanidade, de genocídio praticados por brasileiros, a garantia da duração razoável do processo nos âmbitos administrativo e judicial, à modificação da competência para homologação de sentenças estrangeiras e concessão do exequatur às cartas rogatórias, tornando o STJ a corte incumbida de realizar tais práticas, à inserção do artigo 103- A, CRFB, positivando a chamada súmula vinculante. Foi um marco para inúmeras transformações no Poder Judiciário.

constitucionalidade, efeitos *inter partes*, embora o Senado Federal possa modificar a extensão de seus efeitos para a coletividade, por Resolução, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte (art. 52, X, CRFB).

Tanto as súmulas do STF quanto do STJ são de observância obrigatória pelos demais membros do Poder Judiciário, como prevê o art. 927, IV, NCPC. As súmulas são um compilado do entendimento de um tribunal sobre uma matéria. Referindo-se ao STJ e STF, trata-se de um breve resumo sobre a interpretação de um direito federal ou constitucional, respectivamente.

2.2.2 O julgamento dos RE's, REsp's e dos recursos repetitivos e a vinculação às demais instâncias judiciais

Os arts. 1036/1037 do NCPC destinam-se aos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. Serão interpostos perante os tribunais de origem (presidente/vice-presidente), que realizarão o juízo de admissibilidade, enquanto que as razões recursais serão endereçadas ao STJ e STF, a depender do conteúdo retratado, para análise da admissibilidade e do mérito do recurso. São processos caracterizados por apresentarem uma mesma controvérsia jurídica, requerendo um posicionamento definitivo dos referidos tribunais superiores. Para evitar uma grande demanda de processos que possuem uma mesma dúvida de direito, são escolhidos dois ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais ditarão os resultados dos demais que se encontram suspensos em todo o território nacional. Com a decisão proferida, os órgãos colegiados declararão prejudicados os pendentes, quando o acórdão recorrido estiver em conformidade com o entendimento emitido (arts. 1030, I, “b” c/c 1040, I, NCPC), ou os decidirão de maneira a que a tese adotada seja aplicada (art. 1039, CPC/15). Também, é preciso discorrer sobre os processos estagnados na primeira instância. Após a declaração de vontade dos supracitados tribunais superiores, retomarão seu curso para julgamento, devendo ser utilizado o precedente, a orientação fixada, demonstrando seu teor vinculante, respeitando-se a hierarquia judiciária (art. 1040, III, NCPC).

Nas situações de recursos repetitivos, os tribunais devem estar atentos a uma possível distinção entre o fato jurídico debatido nos autos e o entendimento do acórdão-modelo que lhe forneceu fundamento, podendo, com o trânsito em julgado do processo, ser utilizado o remédio da ação rescisória para modificar o julgamento do caso, com a rescisão da decisão e a

prolação de uma nova, com base na manifesta violação de uma norma jurídica (art. 966, V, c/c §5º da Lei 13.105/2015).⁴⁵ É um mecanismo criado para proteger os sujeitos processuais contra decisões judiciais arbitrárias, proferidas sem o devido zelo, em que se desconsideraram as divergências atuantes no caso paradigma e naquele suspenso. A possibilidade de propositura da ação rescisória, no prazo de dois anos a contar da última decisão judicial, para esta situação, foi um engrandecedor avanço à proteção dos postulantes, pelo esgotamento do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, podendo a parte prejudicada, mesmo com a suposta imutabilidade da decisão, manifestar que seu caso não pode ser abrangido pela orientação proferida em recurso repetitivo, por não haver semelhanças estruturais nos casos confrontados capazes de receber uma mesma definição. É a chamada técnica do *distinguishing*.⁴⁶

Os recursos especial e extraordinário, para serem conhecidos/admitidos e seguirem para os tribunais superiores, precisam ser prequestionados. Isso significa que as questões previamente suscitadas pelas partes precisam ser apreciadas, enfrentadas pelos tribunais de segundo grau em suas decisões, nos acórdãos a que se quer impugnar. Em caso de omissão quanto ao prequestionamento, o meio processual adequado para saná-la é a oposição do

⁴⁵ Art. 966. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica; (grifo meu)

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

(...)

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (grifo meu)

⁴⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.175.

recurso de embargos de declaração (art. 1022, II, Lei 13.105/2015). O Supremo Tribunal Federal adota o posicionamento de que há prequestionamento ficto quando a parte, ao se ver diante de uma omissão no acórdão produzido por um tribunal, opõe embargos de declaração para que a mesma seja sanada. Esse posicionamento é visualizado pela Súmula 356, *in verbis*:

“O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Logo, a mera oposição do recurso citado anteriormente já garante o atendimento ao requisito de prequestionamento, independentemente de ocorrer a supressão de tal omissão. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, esse tribunal superior modificou seu entendimento. De plano, entendia que não caberia prequestionamento presumido, pela edição da súmula 211, a qual prescreve: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”;. Entende-se que o STJ transformou sua percepção sobre a questão, utilizando-se da presunção de prequestionamento, pelo fato de o NCPC ter consagrado a tese do prequestionamento ficto, em seu art. 1025.

O recurso extraordinário para ser conhecido, além dessa preliminar, precisa preencher o requisito da repercussão geral. A repercussão geral está destacada nos arts. 102, §3º, CRFB c/c o art. 1035, §1º, Lei 13.105. Ocorre quando se ultrapassam os efeitos subjetivos da demanda, servindo tal decisão para os interesses da coletividade, por haver questões relevantes de ordem econômica, política, social ou jurídica. “Decisão de questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos” (MARINONI, 2011, p. 474).⁴⁷ Todavia, caso não seja considerada pelo Supremo Tribunal Federal (decisão de oito ministros) uma situação de repercussão geral ou o acórdão estiver correlato com o entendimento desta Corte Suprema registrado em regime de repercussão geral, o recurso é negado seguimento pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal (art. 1030, I, “a”, NCPC). Quando a questão no recurso extraordinário não for considerada pelo STF como de repercussão geral, ao proceder ao juízo de admissibilidade, o próprio não conhecerá do recurso, por decisão irrecurável – art. 1035, *caput*, NCPC. Diante

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 474.

de tamanhos relatos, é de fácil constatação que as decisões do STJ e STF, que buscam uniformizar a interpretação dos direitos federais infraconstitucionais (STJ) e constitucionais (STF), são de observância capital para a segurança do ordenamento jurídico interno. Eis o Enunciado 314 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal”.

O capítulo II – “Da Ordem dos Processos nos Tribunais”- traz, nos artigos a que procura regular, as prerrogativas do relator, isto é, os poderes que possui para julgar monocraticamente um recurso. Importante para a presente monografia, pois envolve a possibilidade de o mesmo negar provimento ao recurso contrário às súmulas do STF e STJ, ao acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos (art. 932, IV, “a”, “b”, CPC/15), bem como lhe dar provimento, caso a decisão proferida contrarie as hipóteses mencionadas acima (art. 932, V, “a”, “b”, CPC/15). Os dois dispositivos denotam que, como órgãos superiores do Poder Judiciário, devem ter suas decisões respeitadas, visando ao bom funcionamento deste Poder, bem como das relações entre seus membros. Ambos têm como funções principais a uniformização de suas jurisprudências, com a resolução de divergências quanto à interpretação de questões de ordem federal e constitucional. Como visto, o relator tem plenos poderes para garantir essa estabilidade, exercendo-os para reservar a fluidez, a sensatez, a eficácia e a amistosidade das relações entre os órgãos estruturantes do Poder Judiciário, com a correta vinculação entre os diferentes graus de jurisdição. Um órgão de cúpula não pode sofrer retaliações daqueles que se encontram em nível de poder abaixo, podendo estes não concordarem com as decisões proferidas pelos mencionados tribunais superiores, mas devendo aplicá-las, buscando-se, sempre, a disposição harmoniosa do ordenamento jurídico pátrio, com decisões judiciais uniformes, condizentes com aquelas proferidas pelos ministros integrantes do STF e STJ, de maneira a perpetuar a segurança jurídica de um novo sistema de precedentes, estando os jurisdicionados mais resguardados, por um complexo de normas gerais que serão utilizados por todos os órgãos, salvo se for comprovada a existência de distinção significativa hábil a impedir que uma equivalente solução jurídica seja aplicada, podendo ser em situações de recursos especial e extraordinário repetitivos/súmulas editadas. O julgamento monocrático proferido por um juiz ou relator de um tribunal não forma precedentes. Necessita-se da decisão do colegiado.

2.2.3 A força vinculante das decisões do Plenário ou do Órgão Especial a nível horizontal

Um outro ponto a se destacar é a vinculação das questões decididas pelo Plenário/Órgão Especial. Trata-se de hipótese de precedente vinculante em linha horizontal (*stare decisis* horizontal), isto é, o próprio tribunal prolator do referido pronunciamento deve observar o que foi resoluto anteriormente, ao realizar a análise dos processos de sua competência originária ou recursal. Quando do julgamento, por exemplo, de casos repetitivos, os órgãos fracionários que compõem a estrutura de um juízo revisor ou de um tribunal superior não podem contrariar um entendimento firmado pelo Plenário ou Órgão Especial, já que estes possuem um maior grau de poderio e legitimidade, por englobar todos os seus membros ou uma grande maioria deles, tornando o veredito anunciado o mais democrático possível, por serem manifestadas várias opiniões a respeito do tema, por desembargadores/ministros imparciais, que vão emitir seus juízos de valor sobre uma especificidade controvertida a que se quer dirimir. Assim também deve ser compreendido quando do julgamento monocrático de ministros, em que confrontam, em seus votos, uma tese jurídica firmada pelo Plenário acerca de um já discutido e determinado assunto. O precedente criado pelo Plenário só pode ser modificado pelo próprio, assim como no caso de deliberação das turmas e seções.

O Plenário do STF, decidiu, no julgamento do HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, que poderia haver a prisão de réu com decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, mesmo que tivessem sido interpostos recursos ao STJ e STF, os quais estariam pendentes de avaliação. Contudo, posteriormente, no HC 135.100/MG e HC 137.172/PB, de relatoria dos ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, respectivamente, foram deferidas liminares vindicadas, que contrariavam, por completo, aquilo decidido pelo Plenário. O ministro Luiz Edson Fachin, não concordando com o que houvera sido feito pelo ministro e, até então, presidente do Pretório Excelso Ricardo Lewandowski, cassou a sua prévia decisão, aduzindo que o HC 126.2912 foi julgado pelo Plenário e deve ser respeitado para garantir a estabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à jurisprudência do STF. A interpretação do Plenário, formado por todos os ministros de um tribunal superior, detém maior força normativa do que a concepção individual, subjetiva de um ministro, pois aquela será realizada por um órgão colegiado, repleto de conhecedores do direito, que manifestarão suas convicções, devendo ser formada uma maioria de posições convergentes para prevalecer uma tese em comparação a outra, enquanto esta será baseada

em um único ponto de vista, não sendo dotado de plena democraticidade, legitimidade, eficiência e confiabilidade. Eis o conteúdo do art. 927, V, Lei 13.105/2016:

Art. 927. “Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” (grifo meu)

Destarte, os precedentes do Órgão Especial/Plenário devem ser obrigatoriamente observados por juízes e tribunais a ele vinculados, para possibilitar a fluidez do ordenamento jurídico brasileiro e a solidez da jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, cuja função precípua é padronizar a interpretação de um direito a nível nacional, para evitar que decisões conflitantes sejam proferidas em diferentes processos por toda a extensão do território brasileiro, causando uma instabilidade do Direito, bem como da instituição que as enuncia, tendo em vista as diversificadas tutelas jurisdicionais para casos similares, os quais tinham que receber um tratamento semelhante, o que nem sempre vem acontecendo. Todos que se encontrem em equivalentes circunstâncias fático-normativas precisam ser angariados pelo entendimento já manifestado pelo voto da maioria de seus membros, sendo aplicado tal enunciado, independentemente da natureza do processo em que o mesmo foi exposto (processo subjetivo – eficácia *inter partes*/ processo objetivo – eficácia *erga omnes*).

CAPÍTULO 3

DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE JULGADOS VINCULANTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O novo Código de Processo Civil demonstrou certa preocupação com a modulação dos efeitos quando da alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, bem como do julgamento de casos repetitivos. Eis a redação do art. 927, §3º, NCPC):

Art. 927, §3º “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Com isso, percebe-se que os membros do Congresso Nacional foram cautelosos e seguros ao adotarem este posicionamento, tendo em vista a provável ocorrência de uma grave crise institucional no Poder Judiciário caso não fosse, expressamente, admitida a modulação dos efeitos de julgados ou houvesse uma lacuna legal acerca deste mecanismo, trazendo dúvidas quanto à sua legítima utilização.

3.1 A modulação dos efeitos, o controle abstrato de constitucionalidade e os precedentes vinculantes

O ordenamento jurídico nacional já previa a possibilidade de mudança na extensão dos efeitos para preservar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social no caso das ações diretas de inconstitucionalidade, ações endereçadas ao Supremo Tribunal Federal no exercício de seu controle concentrado de constitucionalidade, conforme está descrito no art. 27 da Lei nº 9868/99 e no art. 11 da Lei nº 9882/99. Pelo quórum de 2/3 dos seus ministros, o Pleno poderia descumprir a regra da retroatividade de seus efeitos, não abarcando as relações jurídicas surgidas quando da publicação da norma em análise, objeto de impugnação, que até então, gozava de presunção de constitucionalidade, embora fosse relativa, admitindo-se prova em contrário. A decisão do Plenário tem natureza declaratória e não constitutiva-negativa (como é típica do Direito Austríaco), retroagindo, a princípio, sendo a modulação dos efeitos

exceção.⁴⁸ A modulação está presente, também, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação de caráter subsidiário, que procura proteger direitos fundamentais, princípios constitucionais estruturantes da República Federativa Brasileira, cláusulas pétreas, princípios constitucionais administrativos, contra disposições contrárias de leis federais, estaduais e municipais ou até mesmo de atos normativos secundários, os quais não inovam o direito, não trazem direitos e deveres, servindo apenas como complemento de uma lei.

A modulação dos efeitos é uma importantíssima ferramenta a ser usufruída pelos togados, para que seja perpetuado um complexo de normas jurídicas organizado, bem sedimentado, em que as indagações quanto à aplicação temporal dos efeitos de uma decisão fossem esclarecidas e sanadas, tendo como consequência a exata dimensão de alcance de uma solução proferida na tutela de um determinado direito alegado por uma das partes da demanda. Inicialmente, deve-se destacar que os precedentes, conforme entendimento da doutrina norte-americana e da verificação na prática dos efeitos dos julgados efetuados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, possuem eficácia retroativa, para trás, *ex tunc*.⁴⁹ Isso significa que quando o órgão de cúpula deste país da família anglo-saxônica profere um novo julgamento, esse terá aplicabilidade aos casos passados, àqueles surgidos quando ainda era adotada uma ideia contrária à atual, modificadora. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade e do Poder Judiciário como um todo, visando a proteção de princípios constitucionais como, por exemplo, a segurança jurídica, a isonomia e a confiabilidade justificada, tal atitude passou a ser revista. Desde o século passado, o órgão jurisdicional hierarquicamente superior norte-americano vem atribuindo efeitos *ex nunc* ou *pró futuro* a sua

⁴⁸ (...) “a idéia de constituir um órgão jurisdicional que enfeixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade – o sistema de “jurisdição concentrada” – partiu de Kelsen e se positivou na Constituição austríaca de 1o de outubro de 1920, de que foi ele abalizado inspirador. Disso resultou o chamado sistema austríaco de controle da constitucionalidade, exercitado por “via principal” e concentrado numa Corte especial, em contraste com o sistema americano clássico, de controle difuso, por via de exceção, e que só se faz absoluto ou definitivo quando a decisão judicial se contém num arresto da Suprema Corte”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Quanto à natureza juridical das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, Rodrigo Padilha ensina que a proveniente do modelo Austríaco (controle Europeu) possui natureza constitutiva-negativa, sendo o ato anulável, ou seja, a decisão proferida em controle concentrado e principal produzirá efeito *ex nunc*, pois a norma jurídica nasce válida, tornando-se, inconstitucional, quando a decisão da Corte Maior é tomada. PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014. P. 315/316.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 421.

nova jurisprudência, valendo seus efeitos somente a partir da decisão tomada ou de um evento/data futura que condicionará a sua aplicação.⁵⁰

3.2 A modulação dos efeitos no CPC (art. 927, § 3º) e os conceitos jurídicos indeterminados

O art. 927, § 3º do CPC/2015 traz a possibilidade de modulação dos efeitos em dois casos particulares, como já citados, que merecem atenção: i) quando houver modificação de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores; ii) quando a alteração da jurisprudência pacificada for proveniente de julgamento de casos repetitivos. Em ambos, o legislador federal entendeu por bem mencionar as duas variáveis aptas a ensejar a utilização desse instrumento processual, sendo seus sustentáculos: segurança jurídica e interesse social. O conteúdo do art. 27 da Lei 9.868/1999 foi editado para servir como uma possibilidade de suavizar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A segurança jurídica pode ser visualizada sob dois prismas: i) objetivo; ii) subjetivo. A natureza objetiva consiste na impossibilidade de existirem decisões conflitantes a respeito de uma equivalente situação fático-normativa, devendo o conjunto de normas jurídicas ser seguro, claro, amplamente compreensível e aplicado para os casos constituídos sob a sua égide, já que o demandante possuía total conhecimento acerca de suas disposições. As alterações legais e dos precedentes não podem ser feitas em um ritmo além de um limite tolerável de tempo, devendo haver continuidade e estabilidade na ordem jurídica. O viés subjetivo corresponde a uma prévia confiança justificada por parte dos sujeitos de direito quanto a um posicionamento adotado por um tribunal de modo perene e corriqueiro, não existindo, até então, outra forma de resolução, pelos órgãos fracionários, para determinado problema. A jurisprudência era consolidada, unânime. Já havia uma expectativa favorável quanto a obtenção da tutela de um direito alegado violado, pelas reiteradas decisões uniformes de colegiados de julgadores, no caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

⁵⁰ Pode ser citado, como um caso em que a Suprema Corte Norte-Americana denegou efeitos retroativos à “regra de exclusão sobre Cortes estaduais, aplicando, portanto, efeitos *ex nunc*, o seguinte: *Likletter v. Walker*. A referida lide tinha como objeto a retroatividade da decisão obtida no julgamento de *Mapp v. Ohio*. A corte fundamentou que a Constituição do país não veda nem exige efeitos retrospectivos, podendo, assim, proceder de tal maneira, a fim de evitar prejuízos à própria administração da justiça.

Justiça, formado pelas turmas, subdivididas de acordo com o número total de membros (onze e trinta e três, respectivamente). Portanto, quando alguém executava uma conduta positiva ou negativa, já tinha, de antemão, as consequências jurídicas a que teria que se sujeitar, obrigar, sabendo como seria o resultado jurídico de seu processo, pois amplamente divulgado com a publicidade dos julgados das Cortes de Vértice, que devem uniformizar seus entendimentos por serem as responsáveis pela função interpretativa constitucional e federal. Supondo-se que a jurisprudência fosse abundantemente majoritária, apesar de o jurisdicionado saber da possibilidade de não conseguir êxito processual quando o processo, porventura, fosse distribuído a um órgão fracionário que não ratificava o posicionamento dos demais, não se trata de motivo determinante para impedir que se aplique a lógica da modulação dos efeitos temporais.⁵¹

O segundo instituto jurídico, o interesse social, possui um conteúdo muito abrangente, não sendo correto lhe atribuir somente um significado. É um conceito jurídico indeterminado, que será fortemente influenciado pelos valores subjetivos do julgador, permitindo que o mesmo atue com discricionariedade. Não se trata de um exercício contrário à lei e, portanto, arbitrário, mas sim de uma atuação que, embora amparada pelo direito, permite o uso da subjetividade do intérprete da norma jurídica, suas próprias convicções, para que seja atingido seu íntimo conceito de “interesse social”. No direito administrativo, por exemplo, quando é estudado o tema “desapropriação”, aquisição originária de uma propriedade particular pelo Poder Público, sendo uma intervenção supressiva do Estado, é explicitado que o instituto pode ser utilizado para atender a três pressupostos: necessidade pública, utilidade pública e interesse social. A concepção do mencionado vocábulo é no sentido de que sua concretização ocorre quando a conjuntura estabelece a necessidade de distribuição ou o condicionamento da propriedade particular a fim de ser melhor aproveitada, utilizada e, conseqüentemente, tornar-se mais produtiva, beneficiando-se a coletividade (MEIRELLES, 2007).⁵² Nesta situação, o conceito jurídico de “interesse social” é determinado pelo disposto no art. 2º, *caput* e seus incisos, da Lei 4.132/1962, que já prevê um parâmetro conceitual, ao indicar todos os indicativos e alcances de sua definição, não sendo dotada de abstratividade, nebulosidade.

⁵¹ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.56/58.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Todavia, o art. 927, parágrafo 3º, NCPC possui uma redação obscura quanto à real intenção do legislador quando redigiu a palavra “interesse social”. Não se trata de uma regra concreta, cujo conteúdo é de fácil individualização, pois não restringe o seu termo, permitindo, dessa forma, inúmeras interpretações distintas a depender dos valores de cada julgador, sejam morais, éticos, culturais, sejam políticos, religiosos, econômicos. O interesse social deve se basear na axiologia, nos novos tempos, no surgimento de novos direitos, os quais impactarão não apenas a sociedade, como um conjunto de pessoas, mas outrossim o Poder Público em seus atos de gestão, expediente ou de império (Estado Soberano). Pode ser entendido como a vontade da coletividade, representada pela opinião da maioria da população, respeitando-se o princípio democrático de um Estado. É impossível o consentimento unânime acerca de uma temática. Deste modo, o pensamento equivalente da maior parte das pessoas de um ente soberano sobre a magnitude de estipulada questão deve pautar o posicionamento dos ministros.

Os casos que versem sobre episódios que possam impactar o setor econômico, financeiro, causando reflexos na vida social e nas contas públicas precisam receber o status de “interesse social”, uma vez que influenciarão não apenas o modo de agir de seus habitantes, como, ademais, as políticas públicas a serem desenvolvidas, para permitir que os entes da federação amortecem suas dívidas, bem como arque o Estado Brasileiro com os compromissos realizados perante a comunidade internacional, permitindo-se o pleno funcionamento do sistema federativo de governo, com o repasse das porcentagens de tributos recolhidos a quem constitucionalmente possui direito (Estados, Distrito Federal e Municípios). Na seara previdenciária, em temas como a possibilidade de conversão do tempo comum em especial para receber aposentadoria especial; a exposição, do segurado, para comprovação de atividade especial, ao nível de ruído acima de 90 dB de 05/03/1997 até 18/11/2003 na vigência do Decreto nº 2172/97, sendo que após esta data admitiu-se a diminuição do nível de ruído para enquadramento acima de 85 dB, porquanto irá produzir consequências no sistema da previdência social, baseado na solidariedade e contributividade, podendo ocasionar um rombo de milhões no gerenciamento da previdência, o qual é efetuado pelo INSS. No âmbito penal, é notório o impacto da recente modificação do STF efetuada no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 que, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), permitiu a condenação de réus antes do trânsito em julgado, contrariando o direito fundamental da

presunção de inocência e o disposto no art. 5º, LVII, CRFB.⁵³ Em casos como os mencionados, vê-se, claramente, o interesse social que permite a modulação dos efeitos da nova decisão.

3.3 Dos impactos da aplicação da modulação dos efeitos e a transformação de precedentes/jurisprudência

O trânsito em julgado de uma decisão é teoricamente um marco de intransformabilidade de sua disposição, não podendo conter novos traços de revisão, tendo em vista a sua estabilidade, seja pelo fato de não mais existirem instâncias recursais para julgarem um caso concreto, seja pela perda da oportunidade de interpor um recurso, o qual é um ato de vontade. Entretanto, tal afirmativa sofre mitigação, pois existe um tipo de remédio autônomo capaz de desfazer os efeitos de determinada sentença/acórdão. Trata-se da ação rescisória, cujo prazo para sua interposição é de dois anos a contar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, vide art. 975, *caput*, NCPC.

No caso dos precedentes vinculantes, uma importante novidade trazida pela Lei nº 13.256/2016 afetará o julgamento de recursos repetitivos, múltiplos processos que possuem uma mesma controvérsia jurídica, que será analisada pelo STJ e/ou STF, a depender da interposição de recurso especial e/ou extraordinário. Serão selecionados dois ou mais recursos, cuja petição de interposição é endereçada para o presidente/vice-presidente de um Tribunal, a depender do órgão, que tem como função primordial enviá-los para os tribunais superiores, ficando os demais sobrestados à espera de uma definição do Plenário (art. 1036, *caput*, §1º CPC c/c arts. 102, III, “a”, “b”, “c”, “d” e 105, III, “a”, “b”, “c,” CRFB). A decisão será aplicada aos demais processos que têm suas pretensões embasadas em uma mesma tese jurídica, havendo, caso não se entenda pela existência de repercussão geral de um recurso extraordinário, por versar sobre questão com efeitos meramente individuais (pelo voto de dois terços de seus membros - oito ministros), sua inadmissão, não sendo conhecido o recurso na origem, impedindo o seu seguimento (art. 1030, I, “a”, NCPC). O art. 966, §5º do CPC/2015 estabelece que, em caso de violação manifesta de norma jurídica em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não realizou distinção entre a questão discutida nos autos

⁵³ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Ministro-Relator: Sr. Teori Zavascki. Julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Não concessão da liberdade provisória do réu requerida por meio da impetração do presente remédio constitucional, por decisão da maioria do Plenário (sete votos a quatro). Reconheceu-se a possibilidade de execução provisória da pena após apelação condenatória.

e o padrão decisório que lhe deu fundamento, cabe ação rescisória. Desta forma, mesmo havendo trânsito em julgado de um processo, pode ocorrer o ajuizamento de ação rescisória para modificar o teor do julgado com base neste fato, demonstrando que o legislador procurou dar uma proteção maior para esta hipótese de vinculação de precedente, uma vez que, apesar de ser obtida uma norma jurídica geral em um julgamento paradigma com uma mesma questão de direito duvidosa, problemática, devendo ser aplicada em casos semelhantes, o julgador pode ter errado ao não visualizar distinções essenciais entre ambas, o que impede a sua vinculação, a sua força de obrigatoriedade de cumprimento.

Quando um entendimento é superado em sua totalidade, sem ter havido inúmeras alterações ao longo do tempo, entende-se que as pessoas que adentraram ao Poder Judiciário conheciam o inteiro teor do precedente fixado por uma Corte, depositando uma confiança legítima no prosseguimento dessa manifestação processual, não sendo justo sofrerem os efeitos retroativos, como regra, do novo juízo firmado. Como não existiram mudanças significativas com o decorrer dos anos, os jurisdicionados já tinham a exata percepção de que, em caso de descumprimento de determinado ato ou de uma relação jurídica, sofreriam os efeitos predeterminados, não sendo pegos de surpresa com a edição de uma sapiência completamente contraditória. A eficácia temporal *ex tunc* não pode ser aplicada a todos os casos concretos, indiscriminadamente, causando angústia, incredulidade e desconfiança da real intenção do Judiciário em sua atuação.

Se tal acontecimento ocorresse, muitos sujeitos processuais estariam sendo prejudicados pela atuação desonesta e contrária à boa-fé objetiva do Estado, já que interviria sem observar os deveres anexos/laterais desse princípio, tais como a lealdade, segurança, direito de informação, típicos do direito privado, mas que podem ser utilizados na seara pública, por envolver uma relação bilateral, em que o Estado possui direitos e deveres para com os cidadãos, sendo um desses deveres o de respeitar a confiança legítima de cada demandante, instituto que tem uma aplicação a nível subjetivo, individual, no âmbito interior dos jurisdicionados, suas íntimas expectativas, convicções, bem como relacionado à segurança jurídica, princípio constitucional que tem como assento a importância de um sistema jurídico de fácil manuseio, organizado, em que não pairam antinomias normativas, um ordenamento claro, inequívoco e bem estruturado.

O Poder Público, nada obstante o entendimento de que o Poder Judiciário em conjunto com o Legislativo devam buscar a finalidade atual da norma jurídica discutida no ambiente social, adiantando-se, junto à sociedade, para resguardar novas demandas, não tem o direito de exercer um comportamento contraditório instantaneamente, sem uma transição a curtos passos. Isso ocasionaria sérios danos à comunidade jurídica, não só aos jurisdicionados, como também aos doutrinadores e aos próprios membros dos tribunais, que deveriam adotar uma nova teoria jurídica, sem ao menos entenderem como se ocasionou essa transformação de pensamento, os fatores relevantes que culminaram nessa nova visão judicial. Obstat à gradual compreensão da nova sistemática, dos motivos fáticos sociais, culturais, econômicos, políticos que ensejaram essa mudança de posicionamento, impedindo sua problematização, um debate acadêmico.

Visando à clareza da explicação, será dado um exemplo da importância da modulação dos efeitos em caso de precedentes vinculantes: suponhamos que João tenha desferido um soco em José, ficando este internado até o presente momento, em razão dos danos ocasionados, impedindo que o mesmo desempenhe seu trabalho. Possui emprego de mecânico, com carteira assinada, e realiza “bicos” de motoboy quando consegue um horário para fazê-los, elevando sua renda, esporadicamente. Diante do sinistro, não tem como sustentar sua família, formada por ele, sua esposa e uma filha de quatro anos, configurando seus rendimentos 100% dos ganhos que possuem. Não havia qualquer relação de contrato entre eles. José, impossibilitado de exercer sua profissão, ingressa com uma ação civil, cujo pedido é a condenação do réu ao pagamento de um montante indenizatório mensal, correspondente ao valor que José recebia quando desempenhava suas funções, combinando com danos morais. José tem seus pedidos julgados improcedentes em primeira instância, por ausência de comprovação de nexo causal, contudo, em análise recursal, o colegiado concede o pleito formulado pelo demandante. O autor, portanto, requer a execução provisória do acórdão, de modo a receber o montante mensal estipulado, com a incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso, conforme mencionado no acórdão do juízo de segunda instância, que corrobora o teor da súmula 54 do STJ, devendo incidir os juros moratórios desde o momento da agressão física realizada. Contudo, durante o prosseguimento da tramitação do caso, com a interposição de recurso especial pelo réu, ora recorrente, o STJ adota uma nova posição, no sentido de que os juros devem incidir a partir do vencimento de cada prestação, que ocorre mensalmente. Seria correto que os valores recolhidos pelo autor sejam restituídos ao réu, pela eficácia retroativa do precedente?

A resposta à pergunta anterior só pode ser negativa, uma vez que geraria uma ruptura na confiança depositada pelo autor, no sentido de que os juros moratórios começariam a correr desde o ato ilícito, conforme entendimento amplamente consolidado e utilizado para solucionar outras lides, sendo tal jurisprudência exposta na petição inicial do autor, o que demonstra que ele possuía certeza de que também seria beneficiado pela aplicação do entendimento de anos desta Corte. Outrossim, a retroatividade de tal posicionamento ocasionaria sérios problemas financeiros aos familiares da vítima, pois o montante executado é a única fonte de renda da família, e, tais descontos, poderiam fazer falta no momento, impedindo que tivessem uma vida digna, nos mesmos padrões da anterior. Por isso, a análise detalhista de uma situação *sub judice* é indispensável para perpetuar a isonomia e segurança jurídicas das decisões prolatadas, com a produção e aplicação de um precedente para todas as pessoas que se encontrem sob um mesmo contexto fático-jurídico, realizando as devidas diferenciações, conforme o caso, de maneira a que seja frustrada a aplicação de uma norma geral para abarcar circunstâncias que, embora possuam traços em comum, não podem sofrer a incidência de uma mesma conclusão, por terem nuances substanciais ao deslinde de um caso-problema.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal possuem uma autoridade, não somente sob o ponto de vista hierárquico, demandando observância por parte dos demais juízes e tribunais, como também vinculando o seu conteúdo ao Poder Executivo, em suas funções típicas de administração e gerenciamento, e ao Legislativo, em suas atividades atípicas, isto é, não relacionadas à produção de leis em sentido lato, quando da sua conversão em súmula vinculante, podendo ocorrer de ofício ou a requerimento dos legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, mediante decisão de oito ministros (2/3 de seus membros). A principal função da súmula vinculante é uniformizar a interpretação de determinada matéria constitucional em que haja discordância de entendimento, verificáveis em julgamentos de órgãos do Poder Judiciário e/ou entre esses e a Administração Pública, o que ocasiona insegurança jurídica quanto ao seu teor, abrangência e interpretação, havendo inúmeros processos a serem julgados sobre questão idêntica, ainda não pacificada, subindo ao Pretório Excelso dois ou mais recursos extraordinários representativos da divergência, que nortearão a maneira como os demais devam ser considerados, decididos.

A despeito de a eficácia do acórdão paradigma referir-se somente às partes de uma demanda, uma vez que está se analisando um caso concreto, um direito subjetivo, os efeitos de seu entendimento serão vinculantes, conforme descreve o art. 927, III, Lei 13.105/2015, abrangendo todos os recursos extraordinários que estavam paralisados na segunda instância à espera da manifestação da Corte Superior, bem como os futuros processos que se refiram a uma mesma controvérsia jurídica já esmiuçada e decidida. O Supremo Tribunal Federal modificou, completamente, sua jurisprudência quanto a um assunto: execução antecipada da pena (seara processual penal). Houve uma ruptura de entendimento do STF, desde fevereiro de 2016, por meio de processo individual – julgamento do HC 126292 - no sentido da possibilidade de prisão, em caso de condenação penal em segundo grau, mesmo antes do trânsito em julgado do processo. A medida cautelar requerida nas ações declaratórias de constitucionalidade n°s 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não foi deferida pelo Plenário.

O Supremo, no julgamento do RE 240.785/MG, decidiu pela não incidência de ICMS na base de cálculo de PIS e da COFINS, contradizendo uma percepção que, por anos, esteve vigorando no Superior Tribunal de Justiça, continuando a ser, na atualidade, o posicionamento majoritário de suas turmas e ministros que as compõem, ratificando a antiga jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos. As empresas privadas, insatisfeitas com o posicionamento do STJ, foram interpondo inúmeros recursos extraordinários repetitivos, com o intuito de que fosse dada uma nova solução jurídica para a matéria em testilha. A tramitação junto ao Supremo do RE n° 240.785/MG, sem repercussão geral, pois interposto antes da EC 45/2004, bem como da entrada em vigor da Emenda Regimental n° 21/07 ao Regimento Interno do STF, em 03 de maio de 2007) e, portanto, com efeitos que somente atingiriam as partes envolvidas no processo, seria um marco. Decidiu o STF que, tanto no sistema cumulativo quanto no não cumulativo de PIS e COFINS, o ICMS não entra na base de cálculo dessas contribuições da seguridade social. Há, pendente de julgamento, a ADC n° 18, proposta pelo Presidente da República, representado pelo advogado-geral da União Federal, objetivando que seja declarada a constitucionalidade dos efeitos do art. 3°, §2°, I da Lei n° 9.718/98. O RE 574706/PR, dotado de repercussão geral, possuindo, pois, caráter vinculante, foi julgado pelo Pretório Excelso, no dia 15.03.2017, sendo mantido o posicionamento anterior, quando da análise do RE 240.785, declarando a não incidência de ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS, entendendo que o referido imposto estadual configura mero

ingresso de caixa, trânsito contábil, não podendo ser caracterizado como receita/faturamento da empresa, por se tratar de um tributo, de uma despesa a ser adimplida pela pessoa jurídica de direito privado.

No próximo capítulo, será abordado o julgamento de ambos os casos, tecendo-se considerações a respeito dos impactos causados pela mudança de entendimento da Suprema Corte, de modo a que seja verificado se a modulação dos efeitos deve ser utilizada nos referidos autos, visando salvaguardar o princípio jurídico da segurança jurídica ou outros, que contradirão o primeiro. O objetivo não é dissecar, destrinchar todos os conceitos de direito tributário e processual penal necessários à completa compreensão da divergência, pois não é o tema do presente trabalho, embora sejam fornecidas informações indispensáveis para que fique claro as discussões nos presentes casos.

Os tribunais superiores são os responsáveis pela manutenção de uma jurisprudência firme, segura, pacificando a interpretação de determinada matéria, seja de cunho constitucional, federal, seja trabalhista, eleitoral ou militar. Com o intuito de que não ocorra insegurança nas relações jurídicas do ordenamento normativo pela presença de decisões contraditórias, antagônicas para casos equivalentes, causando uma desconfiança por parte daqueles que buscam ter seus direitos resguardados, torna-se fundamental a coerência decisória. Caso contrário, crescer-se-á a falta de confiabilidade na efetividade e boa-fé do Poder Público, na figura do Poder Judiciário. Não obstante, o direito precisa evoluir, adotar as novas aspirações sociais e buscar proteger, cada vez mais, diferentes tipos de direitos fundamentais que vão surgindo, procurando corresponder às expectativas da coletividade, emitidas pela maioria de seus integrantes, conforme pensamento da escola historicista do direito.⁵⁴ Os cidadãos não podem ser mais vistos como membros subordinados ao Estado, em uma relação totalmente verticalizada. São partes integrantes do conceito de Estado, devendo participar ativamente das deliberações, atuar em conjunto com o ente soberano, com o

⁵⁴ A escola Historicista do Direito entendia que a ciência jurídica era formada por normas jurídicas mutáveis, a depender da evolução e transformação social e dos costumes presentes no seio da coletividade, dos grupos sociais, contrariando o pensamento Jusnaturalista, o qual entendia o Direito como sendo inerente à natureza humana, não sendo modificado com o passar do tempo ou com o estabelecimento de limites espaciais/fronteiriços, os quais demarcam o território de cada ente soberano. Os principais autores adeptos dessa corrente de pensamento foram: Friedrich Carlo Von Savigny e Otto Von Gierke.

“A Escola Histórica, especialmente através de Savigny, que foi seu lídimo chefe, reclamou uma visão mais concreta e social do Direito, comparando-o ao fenômeno da linguagem, por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P.422.

objetivo de que as metas democráticas-sociais sejam alcançadas, como a formação de uma sociedade mais justa e plural e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Os precedentes, junção do contexto fático e das normas jurídicas a serem aplicadas ao caso em debate, criando-se uma norma geral, que será formulada fruto da fundamentação do acórdão a ser lavrado pelo relator, quando este foi voto vencedor, possuem força vinculante perante a comunidade jurídica. Em razão disso, os ministros têm que averiguar e estudar o processo com prevenção, reserva, para que nenhuma distinção entre o precedente a que se deseja aplicar e os autos em curso seja passada por despercebida, pois, de outro modo, será proferido um mesmo resultado para situações que não podem se socorrer de uma igual manifestação decisória, por não possuírem elementos essenciais comuns. Em decorrência de não existir processo igual, idêntico, pois proposto por pessoas físicas ou jurídicas diferentes ou até mesmo por entes despersonalizados, mas que possuem capacidade jurídica processual, faz-se indispensável o exame detalhista das características dos acontecimentos descritos nas petições iniciais. A causa de pedir fática (art. 319, III, CPC/15) será um dos componentes de maior valia do julgador, pelo fato de lhe demonstrar, se, aquela situação, é passível de receber o mesmo “remédio” jurídico que, outrora, foi fornecido a um caso antecedente, vinculando a tese jurídica fixada. Quando uma *ratio decidendi* é construída, a motivação do julgado vincula, juntamente com o resultado final, ficando os demais juízes e tribunais sujeitos a sua utilização, quando se está diante de casos-problemas muito similares.

A decisão que revoga um precedente ou uma jurisprudência consolidada precisa ser observada sob o viés temporal. Nos Estados Unidos, como dito ao longo deste trabalho de conclusão de curso, os precedentes têm eficácia retroativa, como regra, a fim de incluir sob seus comandos as situações existentes antes do novo entendimento fixado, aquelas criadas quando do antigo posicionamento dos tribunais superiores. O Brasil adota tal entendimento, no que se refere ao controle de constitucionalidade, em que a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo estadual ou federal, que inova no ordenamento jurídico, desfruta de eficácia *ex tunc*. Contudo, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite, expressamente, que uma provável modulação de efeitos possa transcorrer, desde que sejam garantidos a segurança jurídica e o excepcional interesse social. O país do norte da América, por meio de sua Suprema Corte, vem se utilizando dessa prerrogativa, quando fica evidente

que a regra pode afetar o ameno funcionamento e a estabilidade do “*Judiciary Branch*”.⁵⁵ A repentina transformação de um precedente anterior tido, atualmente, como equivocado, incorreto, insuficiente, não pode atingir os jurisdicionados que desempenharam determinada atividade/conduita com base em um posicionamento uniforme, inalterável até o presente momento, usufruído quando do seu cometimento porque já havia uma previsibilidade sobre as prováveis consequências por suas práticas. Já existia uma confiança justificada relacionada à aplicação do precedente, seus resultados (*prospective overruling*).

Um exemplo de que a Suprema Corte Norte-Americana foi procurando ser mais flexível quanto à regra da retroatividade (a Constituição não proíbe nem determina tal efeito) pode ser encontrado no julgamento do caso concreto denominado *Linkletter v. Walker*,⁵⁶ que se utilizaria do precedente tomado em *Mapp v. Ohio*,⁵⁷ em que foi decidido que as provas advindas de meios ilícitos nas Cortes Federais deveria ser aplicada, também, nas Cortes Estaduais, interpretando-se a “regra de exclusão”, proveniente da quarta emenda da Constituição, de maneira mais ampliativa. Entendeu-se que deveria haver a modulação de

⁵⁵ O Poder Judiciário interpreta o significado das leis, aplica as leis para casos individuais e decide se as leis violam a Constituição. O Poder Judiciário é compreendido pela Suprema Corte e outras cortes federais.” (tradução livre). Disponível em: < <https://www.usa.gov/branches-of-government> > . Acesso em 12 mar. 2017.

“Suprema Corte - A Suprema Corte é a mais alta corte nos Estados Unidos. Os juízes do Supremo Tribunal são nomeados pelo presidente e devem ser aprovados pelo Senado (com pelo menos 51 votos). O Congresso decide o número de juízes. Atualmente, existem nove. Não há um termo fixo, já estabelecido para os juízes. Eles servem até suas mortes, aposentadorias ou remoções em circunstâncias excepcionais.” (tradução livre). Disponível em: < <https://www.usa.gov/branches-of-government> > . Acesso em 12 mar. 2017.

“A Constituição concede ao Congresso a autoridade para estabelecer, instituir outras cortes federais.” (tradução livre). Disponível em: < <https://www.usa.gov/branches-of-government> > . Acesso em 12 mar. 2017.

⁵⁶ Linkletter havia sido condenado, por arrombamento, pela justiça de Louisiana, em 1960, e, diante do julgamento do caso *Mapp v Ohio*, impetrou *habeas corpus*, a fim de ser colocado em liberdade, tendo em vista ter sido preso, pela justiça estadual, mediante a utilização de provas ilícitas pela polícia. Contudo, por sete votos a dois, a Suprema Corte manifestou-se pela não retroatividade do precedente. Eis o teor de suas alegações:

“To make the rule of *Mapp* retrospective would tax the administration of justice to the utmost. Hearings would have to be held on the excludability of evidence long since destroyed, misplaced or deteriorated. If it is excluded, the witnesses available at the time of the original trial will not be available, or, if located, their memory will be dimmed. To thus legitimate such an extraordinary procedural weapon that has no bearing on guilt would seriously disrupt the administration of justice” (grifo meu).

⁵⁷ O caso *Mapp v Ohio*, 367 U.S. 643, de 1961, superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338, U.S. 25 (1949), uma vez que foi decidido que a “regra de exclusão” deveria ser estendida às Cortes estaduais. Dolree Mapp foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, por possuir, em sua residência, material pornográfico, apreendido pela polícia, sem que esta estivesse portando mandado de busca e apreensão. Diante da situação, a Suprema Corte inocentou-a, aplicando a proibição de uso de meios de provas ilegais, descrita para o âmbito das Cortes federais, na seara jurisdicional estadual.

seus efeitos, com o propósito de não atingir as situações já consolidadas no passado, pois caso contrário, implicaria em danos à administração da Justiça, diante de inúmeros casos que teriam que ser re julgados, em decorrência da nova posição adotada pela Corte.

O atual posicionamento deve ter efeitos para frente, sempre que a sua aplicação para trás puder implicar em uma grave insegurança jurídica ou quando o antigo entendimento era tido como correto pela sociedade, na época em que foi criado, estando consolidado o precedente. Com a atribuição de efeitos *ex nunc/pró futuro*, permite-se o conhecimento dos jurisdicionados acerca do inteiro teor de sua mudança. Nas hipóteses tributárias no Direito Brasileiro, em que é estabelecido um novo posicionamento que favorece os contribuintes/responsáveis ou quando, em qualquer conjectura, a anterior opinião dos órgãos *ad quem* contiver vício insanável derivado da violação de direitos fundamentais e garantias constitucionais, necessita-se da retroatividade. Com isso, para evitar surpresas aos sujeitos demandantes, aos doutrinadores e aos próprios membros do Poder Judiciário quanto à inovadora assimilação, os efeitos não podem influir sobre fatos passados. Além disso, caso não se pudesse modular seus efeitos, haveria uma insegurança jurídica gigantesca, tendo em vista que a regra da irretroatividade de lei do direito pátrio seria totalmente ofuscada e derrubada, trazendo aos fatos que ocorreram sob uma perspectiva, um equivalente desfecho aos que se perfizeram sob outra.

O direito floresce com o avançar da sociedade e o contrário também é uma afirmativa verdadeira. É óbvio que os valores sociais do século XXI são diferentes dos vivenciados nos séculos passados. A história progride, as civilizações vão se atualizando, os Estados se fortalecendo, as ideologias pretéritas se desgarrando e os direitos de diferentes dimensões vão sendo protegidos com mais afinco. Hoje, vivencia-se, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, em que todos os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados, cujo fim maior estatal é a formação de uma sociedade mais plural, acolhedora, integrativa e menos preconceituosa. A sociedade brasileira contém resquícios do período colonial, marcado pelo machismo, patriarcalismo e divisão de classes. Contudo, a mentalidade da maior parte das pessoas evoluiu e muito quando comparada aos nossos antepassados. Por exemplo, as mulheres conseguiram, após muita luta, o direito de votar, no Brasil, em 1934, e foram se fortalecendo na busca por igualdade de condições e oportunidades no mercado de trabalho para com os homens. Até então considerada uma mercadoria de pequeníssimo valor, cuja utilidade seria somente destinada aos afazeres domésticos (cozinhar, lavar, passar e cuidar dos

filhos) e à procriação, o gênero feminino conseguiu alcançar posições de destaque em todo o planeta.

Os valores são constantemente refutados pelas novas gerações e, para isso, os precedentes precisam ser modernizados, reciclados. Não adianta ocorrer o alavancamento de preceitos, se o direito não atuar de maneira constante e inovadora. Às vezes, um precedente foi formulado em uma época em que os valores não mais são os mesmos, tornando-o inconsistente, sem força. Todavia, as pessoas que se encontravam naquele momento, tinham conhecimento do pensamento já patente de determinada corte, emanado em vários julgados, já detendo uma concreta expectativa sobre aquele acontecimento. Certamente, será necessária a atuação concomitante dos Poderes Judiciário e Legislativo, em muitos casos. Quando o Poder Judiciário entender que a edição de uma norma jurídica trará maior confiabilidade e proteção ao povo, deverá requerer que o Legislativo adote tal postura. Peixoto (2015, p.30) aduz que o Poder Legislativo, diante da complexidade social, com o surgimento de direitos e valores contemporâneos, necessita incrementar sua produção de leis, contudo não consegue acompanhar a modernidade. Dessa forma, o Poder Executivo acaba exercendo sua função atípica legislativa, com a adoção de medidas provisórias, cabendo aos órgãos jurisdicionais preencher a insuficiência desses dois poderes.⁵⁸ As regras são dotadas de abstratividade e generalidade, devendo, quando sancionadas, serem promulgadas e publicizadas, trazendo aos seus destinatários sua nova disposição. Caso os tribunais superiores venham discutindo e demonstrando que irão substituir, revogar um precedente, os jurisdicionados já sabem que não existe força suficiente a ensejar a sua modulação dos efeitos porque não estavam certos de que suas atuações estavam em conformidade com o direito, sendo um caso de superação antecipada, constituindo medida de não aplicação do precedente pelo tribunal inferior, a eles subordinado, pois haverá a alteração da norma geral vinculante de um julgado. Segundo Cramer (2016, p. 162), a sinalização é uma técnica utilizada por um tribunal que, ao visualizar a erroneidade, a imprecisão ou imperfeição de um precedente, manifesta que poderá vir a modificá-lo, no futuro, contudo não o faz no caso concreto, em razão de possíveis prejuízos à boa-fé processual.⁵⁹

⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Jusprovidm, 2015. P.30.

⁵⁹ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 162.

3.4 O superprecedente e o termo “sombra de juridicidade”

A transformação é uma técnica utilizada não para superar um precedente, mas para modificar o seu conteúdo, a fim de aplicá-lo ou não ao caso concreto, sendo uma negação de seu sentido, considerando-se equivocada a tese sustentada, embora não expressada formalmente. A sinalização difere-se da transformação, pois aquela reconhece que o precedente não está correto, estando para ser revogado, mas continua aplicando-o para preservar a segurança jurídica, a previsibilidade, bem como a confiança dos jurisdicionados. Ronaldo Cramer entende existir o instituto do superprecedente, precedentes que jamais poderão ser superados, conceito formulado por Michael J. Gerhardt em seus estudos sobre as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Superprecedente é:

aquele julgado que, seja pelo número de citações feitas em processos judiciais e trabalhos acadêmicos, seja pelo tempo de vigência, seja pela confiança incutida na sociedade, já se incorporou a tal ponto na cultura jurídica que sua superação é inimaginável. (CRAMER, 2016, p. 163) ⁶⁰

Para ele, o superprecedente possui eficácia vinculante, sendo uma norma de criação ou incremento de direito fundamental. Argumenta que apenas a promulgação de uma nova Constituição pode ser hábil a modificá-lo parcial ou totalmente, devendo o instituto ser preservado enquanto não seja implementada uma nova ordem político- jurídica que queira transformá-lo.

Por mais que compreenda seu posicionamento, a afirmativa não pode ser vista como dogma. O Brasil é um Estado Democrático de Direito, que possui algumas cláusulas pétreas, dentre elas, os direitos fundamentais. Não existem direitos fundamentais absolutos, nem mesmo a vida tem esse *status*, estando todos no mesmo patamar hierárquico. Quando há dois ou mais valores/princípios/direitos fundamentais, precisa-se aplicá-los conjuntamente, quando possível. Diante da impossibilidade de se proceder dessa forma, o julgador necessita ponderar qual deles deve ser abarcado pelo julgado, verificando as particularidades do caso concreto. O tribunal pode, em um determinado momento, pender seus julgamentos em prol da tutela de determinado direito fundamental, em detrimento de outro. Contudo, isso não impede que, no futuro, ocorra uma modificação no seu entendimento, atribuindo uma maior força jurídica ao que não gozava de tanto “prestígio” pela Corte.

⁶⁰ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.163.

A afirmativa do autor, portanto, tem sustentáculo ao ser fixado um precedente que busca proteger/reafirmar o conteúdo de um direito fundamental enraizado em uma relação verticalizada para com o Estado, não podendo ser dito o mesmo quanto às relações humanas horizontais, pois direitos fundamentais podem ser contrapostos e, em virtude de seu caráter relativo, não há como se estabelecer, fielmente, para todos os casos, aquele que irá prevalecer, somente podendo ocorrer a formação do superprecedente no momento em que a criação/resguardo de um direito fundamental seja oposto ao ente soberano, que detém o dever de respeitar a Constituição e a condição de cidadãos de seus subordinados, sujeitos de direitos e obrigações. Bobbio, ao contrário do posicionamento adotado, entende que existem direitos que valem em qualquer situação e para todos os seres humanos, não podendo ter seus conteúdos limitados. São considerados privilegiados, em consequência de não poderem sofrer restrições quando vão de encontro com outros direitos, os quais não gozam de tal prerrogativa. Os exemplos são: o direito de não ser escravizado e o de não sofrer tortura.⁶¹

Luiz Guilherme Marinoni, em seu artigo “Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores” apresenta um exemplo extremamente esclarecedor sobre a relevância do mecanismo de modulação dos efeitos. Relata o caso em que o pedido autoral era o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, constituído pelo art. 1º do Decreto-lei 491/1969, que deu ensejo à interposição do REsp nº 738.689 e à oposição dos embargos de divergência. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até 09.08.2004, era pacífica no sentido de que tal prática era legal e legítima, sendo um benefício do contribuinte. Contudo, após uma análise posterior, o referido entendimento foi “varrido”, cancelando-se o antigo benefício.⁶² O Ministro Hermann Benjamin entendeu que tal situação deveria compreender o instituto da modulação dos efeitos do art. 27 da Lei 9868/99, pois, à época do ajuizamento da demanda, a jurisprudência do STJ era favorável ao postulante, gerando a ele e aos demais contribuintes que ingressaram na esfera judicial, uma “sombra de juridicidade”, pela insistente jurisprudência a favor de suas pretensões. O contribuinte praticou a conduta sob a expectativa de ser tutelado pelo direito, de ter seu

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. “Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.” Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Efic%C3%A1cia+temporal+da+revoga%C3%A7%C3%A3o+da+jurisprud%C3%Aancia+consolidada+dos+tribunais+superiores>>. Acesso em 25 out. 2016.

pedido julgado procedente, diante de tamanhas evidências de uma vitória judicial. Defronte da incontestável segurança jurídica e confiança legítima dos jurisdicionados em ter um resultado positivo, de acordo com o amplo conjunto de decisões reiteradas e uniformes desta Corte, não haveria motivos para se preocupar com uma nada provável declaração divergente, que contaminasse seu direito. Somente com o julgamento pela 1ª Turma do STJ, do REsp 591.708/RS, em 08.06.2004, com publicação no Diário de Justiça em 09.08.2004, é que houve uma ruptura com o entendimento previamente fixado, transformando um antigo benefício concedido em uma proibição.

O termo “*sombra de juridicidade*”, segundo o Ministro Herman Benjamin, significa:

uma situação de juridicidade anterior, originada na lei, projeta-se no ordenamento, como eco capaz de produzir efeitos jurídicos válidos, não obstante a revogação do texto legal que lhe deu causa. Com isso, os fatos jurídicos passam a retirar seu sustento normativo já não mais diretamente de um ato do legislador da lei revogada, mas de outra (s) das fontes do Direito, admitidas pelo sistema.⁶³

Consiste, portanto, na manutenção dos efeitos jurídicos de um determinado precedente/lei ou jurisprudência, ora revogados, em decorrência de os contraentes/sujeitos de direitos terem praticado condutas que compreendiam serem legais, conforme o entendimento mais que evidente proferido em situações ocorridas quando da sua validade, devendo receber um tratamento diferenciado quanto à aplicabilidade da nova visão do tribunal superior, não podendo ser atingidos por essa postura um tanto contraditória e surpreendente. Os princípios constitucionais da segurança jurídica e da confiança justificada devem ser acolhidos. Os jurisdicionados já possuem uma real compreensão e convicção das chances de serem contemplados pelo antigo posicionamento firmado quando da propositura de uma ação, fazendo com que o Poder Judiciário saia da inércia. Deve ser disposta uma regra de transição capaz de trazer segurança jurídica e favorecer as pessoas que se encontravam com expectativas de direito, sendo a retroatividade algo inimaginável, embora seja a regra.

Quando a jurisprudência de um tribunal superior é consolidada, não havendo divergências de entendimentos entre as turmas que o compõem, não sendo variável e facilmente destrutível, essa confiança está mais do que caracterizada, ao contrário de o

⁶³ Julgamento do EDiv no REsp 738.689/PR, pela primeira seção do STJ, cujo objeto consistia na manutenção ou não do benefício de aproveitamento do crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados. O ministro Hermann Benjamin propôs a modulação dos efeitos da decisão, pois era pacífico, até a resolução deste caso, a jurisprudência do órgão, no sentido de permitir tal prática tributária.

posicionamento ser alvo de críticas pela doutrina, demais tribunais e, sofrer, a todo instante, a indicação de que será modificado, consternado, não sendo de alçada dos novos proponentes a sua inclusão como beneficiários daqueles, tendo em vista a existência de um *status quo* instável, incerto, capaz de ser alterado a qualquer momento, por sua fragilidade e ausência de autoridade.

3.5 As modalidades de eficácia temporal dos precedentes

O Procurador do Município de João Pessoa e autor do livro “Superação do precedente e segurança jurídica”, Ravi Peixoto, sistematiza as modalidades de eficácia temporal dos precedentes, de acordo com a subdivisão realizada pela doutrina. Segundo Peixoto (2015, P. 311-312), as categorias são: i) eficácia declaratória (o novo posicionamento deve ser utilizado aos casos anteriores, sem levar em conta o instante em que os fatos aconteceram, incluindo as partes que travam a disputa); ii) eficácia prospectiva (o novo posicionamento será aplicado aos fatos surgidos após a sua adoção, não sendo exercido para os processos em curso); iii) eficácia quase-prospectiva (os litigantes momentâneos, cujos processos ainda não receberam um resultado definitivo, são atingidos pelo precedente recente, modificador); iv) eficácia prospectiva-prospectiva (o novo precedente só produzirá seus efeitos a partir de uma data futura a ser escolhida pelos julgadores).⁶⁴

Enquanto a primeira opção seria a regra, a segunda tem como escopo proteger a segurança dos jurisdicionados, que possuíam uma confiança no precedente anteriormente admitido, o qual era iterado, usufruído reiteradamente, gerando uma legítima expectativa em seus destinatários. A eficácia quase-prospectiva tem como característica a tentativa de evoluir o direito, de torná-lo avançado. Já a eficácia prospectiva-prospectiva seria utilizada para permitir que os receptadores do novo precedente tivessem uma maior adaptação ao seu objeto, temática, bem como o Poder Legislativo pudesse exercer sua função legislativa mais cautelosamente, aproveitando-se do tempo concedido para elaborar uma norma jurídica capaz de compreender essa nova percepção, dando-a publicidade, a fim de garantir o controle dos cidadãos aos atos do Poder Público e permitir que estejam inteirados, assimilando essa mudança de assentimento.

⁶⁴ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Jusprovidm, 2015. P. 311-312.

Contudo, como o direito não é uma ciência exata, nem sempre está apto a dispor sobre todas as situações, o que evidencia sua insuficiência. Surge uma nova corrente que busca detalhar melhor os tipos de eficácias, trazendo cinco conceitos, a qual tem como membro Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior. A eficácia retroativa pura é aquela em que o novo entendimento alcança não apenas os fatos surgidos quando da existência, validade e eficácia do antigo, como também os que já transitaram em julgado, possibilitando utilizar-se da ação rescisória, ação autônoma, que tem natureza desconstitutiva. A eficácia retroativa clássica seria equivalente à declaratória, reportada anteriormente, que prevê sua extensão para os casos passados, não incluindo os que já receberam uma tutela jurisdicional definitiva. A aplicação prospectiva pura é aquela em que o novo precedente terá sua aplicabilidade contida, não retroagindo para abranger os fatos passados que já receberam uma solução concludente ou os processos em curso, só incluindo os fatos que surgirem *a posteriori* da tese fixada. A eficácia prospectiva clássica condiz com a sua aplicabilidade aos novos fatos para, somente, o caso concreto. Não é correta a modulação dos efeitos abranger o caso em julgamento, pois ferir-se-á a confiança legítima e a segurança jurídica existentes, sendo fornecida uma nova consequência para atos praticados quando o entendimento era outro, já firmado com constância. Por último, teria-se a aplicação prospectiva a termo, que se coaduna com a já citada eficácia prospectiva-prospectiva, alargando o seu conteúdo, de modo a introduzir uma condição à eficácia de um precedente em conjunto com a possibilidade de escolha de uma data futura.⁶⁵

O art. 27 da Lei 9.868/1999 e o art. 11 da Lei 9.882/1999 tratam da oportunidade de modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, por 2/3 (dois terços) de seus membros, quando da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo primário estadual ou federal (ADIN) ou por ADPF, ação de cunho subsidiário (art. 4º, §1º, Lei 9.882/1992), assim dispondo:

Art. 27. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Art. 11. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal

⁶⁵ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Jusprovidm, 2015. P. 312.

Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Percebe-se que a redação de ambas é praticamente idêntica. Em uma interpretação literal dos artigos, pode-se identificar que a modulação dos efeitos sustenta ocorrer de três maneiras, no caso da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado: i) por meio de sua restrição, sendo uma redação abstrativista, uma definição sem parâmetros de controle; ii) com o seu trânsito em julgado, exercendo seus efeitos para frente (eficácia *ex nunc*), protegendo as situações jurídicas consolidadas quando da promulgação e publicação de uma lei *lato sensu* tida como constitucional, já que possui garantia de presunção relativa de constitucionalidade. Equivaleria a uma eficácia prospectiva pura dos precedentes; iii) com a fixação de um momento para que seus efeitos possam começar a contar. Portanto, seria estabelecida uma data vindoura, limite temporal para que a lei impugnada e declarada inconstitucional continuasse a produzir seus efeitos. Seria homeomorfo à aplicação prospectiva-prospectiva/prospectiva a termo de um novo entendimento, no que concerne ao tema precedentes. As únicas hipóteses a serem alegadas para a execução da modulação de efeitos em controle abstrato de constitucionalidade são: a segurança jurídica (garantir aos sujeitos de direito a manutenção dos efeitos advindos das relações jurídicas surgidas durante a existência de uma espécie normativa, até aquela ocasião tida como constitucional) e o excepcional interesse social, que é um conceito jurídico ilimitado, vago, hesitante, que vai ser delimitado por cada julgador, de acordo com suas convicções e interpretação a ser desempenhada.

A Lei 13.105/2015 inovou ao constituir em um de seus artigos e parágrafos, a aptidão de modulação dos efeitos de um precedente por parte dos ministros dos tribunais superiores. Não havia tal disposição na Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, lei essa ab-rogada por aquela. Sua publicação no Diário Oficial da União ocorreu em 17 de março de 2015, todavia sua vigência só começaria a correr após um ano, já que foi instituída uma *vacatio legis*. Antes de o novo Código de Processo Civil produzir seus efeitos, os tribunais modulavam os efeitos de seus julgados em controles difusos e concretos, utilizando-se da analogia relativa ao que estabelecem os artigos 27 e 11 das Leis 9.868 e 9.882, respectivamente, ambas de 1999, que são de utilidade do Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema, nos julgamentos relativos ao controle concentrado de constitucionalidade, pelas vias da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, já que havia

lacuna legal, não existia uma norma jurídica que regulamentasse tal situação em relação aos processos *incidenter tantum*. O art. 927, §3º do NCPC assim define:

Art. 927. “Os juízes e os tribunais observarão:
(...)

§ 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (grifo meu).

É notório que, conforme interpretação deste parágrafo, caberá modulação dos efeitos quando houver alteração da jurisprudência dominante do Pretório Excelso ou de quaisquer tribunais superiores, isto é, aquela considerada amplamente majoritária, bem como quando houver modificação da jurisprudência proveniente do julgamento de casos repetitivos. Os tribunais de segunda instância podem usufruir deste instrumento processual quando da análise do direito local. É necessário que adotem uma jurisprudência uniformizadora, coerente, observando os enunciados de súmulas do STF e STJ (arts. 926 e 927, IV, CPC/15). Caso contrário, poderá ser ajuizada uma reclamação constitucional perante as referidas Cortes Superiores (arts. 102, I, “I”, 105, I, “F”, 111-A, §3º, CRFB), pelo não cumprimento do dever legal de observância de seus entendimentos, os quais têm traços vinculantes, visando que seja garantida a autoridade de suas decisões, pois são os órgãos constitucionalmente responsáveis por essa prática (arts. 102, III, “a”, “b”, “c”, “d” – STF; 105, III, “a”, “b”, “c”, CRFB). Ademais, os institutos a serem resguardados são a segurança jurídica e o interesse social.

No presente caso, a segurança jurídica se refere à indispensável preservação de um ordenamento jurídico coeso, regular e metódico, com o reconhecimento das relações jurídicas concluídas sob a ótica de um entendimento anterior já estabilizado, impossibilitando que sofram as consequências retroativas de uma nova posição adotada, pela confiança legítima no precedente do tribunal superior, que estruturou todo o vínculo de direito. Não pode haver decisões conflitantes para casos semelhantes ocorridos à época do entendimento substituído. Um processo ainda em julgamento, caso não houvesse a modulação dos efeitos, sofreria com os efeitos retroativos do novo entendimento e os já finalizados por completo, transitados em julgado, seriam beneficiados por sua imutabilidade de conteúdo.

Não é correta a manifestação sobre a possibilidade de ocorrência da eficácia retroativa pura de um precedente, podendo circunscrever as ações já transitadas em julgado, pelo viés da

ação rescisória. Isso porque, a ação rescisória possui um rol taxativo de pressupostos para a sua propositura, não sendo resguardada tal situação, o que seria, incompreensível. Não houve violação manifesta de norma jurídica, já que o posicionamento antes aplicado era o tido como correto, justo, quando da prática de um fato/negócio jurídico, havendo a formação de uma conexão jurídica entre pessoas.

Quanto ao termo “interesse social”, o legislador federal continuou a não limitar o conteúdo desta expressão, permitindo uma atuação discricionária do Poder Judiciário. Não houve a atribuição de um único significado ou de parâmetros fáticos/valorativos pelo Poder Legislativo que direcionassem à conduta de juízes e tribunais. Logo, desde que não atuem arbitrariamente, podem definir e estender sua acepção, utilizando-se de seus próprios valores.

Não existe, no Código de Processo Civil de 2015, manifestação expressa quanto à eficácia temporal de precedentes revogados. No direito norte-americano, como já informado e afirmado nos capítulos antecedentes, os precedentes modificadores de uma antiga conclusão têm, via de regra, efeitos retroativos clássicos, de modo a influenciar os julgados ainda sob análise judicial, em que não ocorreu uma definição irretocável de determinado caso concreto. Esse é o mesmo entendimento quando o assunto é declaração de inconstitucionalidade, em virtude da teoria da nulidade das leis. O art. 927, §3º, CPC/15 resguarda a modulação dos efeitos para proteger o princípio constitucional da segurança jurídica e o interesse social, sendo uma exceção à regra geral da retroatividade. Contudo, não estabelece os possíveis efeitos a serem atribuídos pelos ministros dos tribunais superiores acerca da nova norma geral, tese normativa firmada que contraria a sua antiga posição. Os efeitos só podem ser os mesmos dos artigos referentes à ADIN e à ADPF, já que se relacionam à extinção de um texto legal por contrariar formal e/ou materialmente a Constituição, tornando-o inválido.⁶⁶ Por ser um controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos se estendem a toda a coletividade, pois não é um processo em que se busca o reconhecimento de um direito, possuindo partes. É

⁶⁶ Art. 27, Lei 9.868/1999. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Art. 11, Lei 9.882/1999. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

um processo cuja inconstitucionalidade não é aduzida na causa de pedir e sim no pedido do requerente. Em ambos os casos, quando se é declarada a inconstitucionalidade de um tipo normativo, os julgadores podem restringir seus efeitos, admitirem que sua manifestação só produza consequências quando ocorrer o trânsito em julgado dos autos ou deduzir uma data futura para que o resultado do julgado comece a valer. Portanto, compreendem-se na eficácia *ex nunc*, não atingindo os fatos jurídicos passados, aqueles processos que surgirem após o seu final julgamento, ocorrendo, no caso de utilização da modulação *pró futuro*, a escolha de um dia específico para que a lei declarada inconstitucional perca sua capacidade de gerar seus efeitos.

Se, nos casos mais importantes de uniformização do ordenamento jurídico brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, exerce a competência em controle abstrato, extinguindo uma norma jurídica que está dissociada dos mandamentos constitucionais, são apenas esses os efeitos legais redigidos, enunciados, não é viável que os precedentes vinculantes sejam objetos de outras categorias, ainda mais em virtude da inexistência de expressa tipificação a que se poderia ventilar para uma modulação de efeitos a que viesse a acontecer. Os efeitos a serem aplicados são o prospectivo puro e o prospectivo a termo.

3.6 Quórum necessário para a modulação dos efeitos no CPC

O presente parágrafo do art. 927, CPC/15 em estudo não menciona o quórum mínimo de votos favoráveis a ser exigido para que a modulação de efeitos ocorra, como acontece com os arts. 11 da Lei 9.882 e 27 da Lei 9.868. No controle concentrado em ADIN e ADPF, necessita-se do voto mínimo de oito ministros do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um número mais elevado, mais difícil de se alcançar. Para isso, há uma explicação: assim como ocorre com a única forma de alteração formal da Constituição Republicana Brasileira, a Emenda Constitucional - a revisão constitucional não mais existe -, dependendo de uma quórum de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, para que seja aprovada (art. 60, §2º, CRFB), tratando-se de um quórum altamente complexo, não poderia ser diferente nem razoável que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo tivesse um quórum simplificado, já que, a rigor, adotou-se, no Brasil, a teoria da nulidade da lei, proveniente do direito dos Estados Unidos, que disciplina que uma lei inconstitucional deve ser considerada nula desde a sua formação,

não podendo deixar que seus efeitos jurídicos continuem se perpetuando, uma vez que, com o seu julgamento, a presunção *juris tantum* de constitucionalidade foi atacada, desmascarada, convertendo a lei, que a princípio era inválida, por contrariar a Constituição, mas apta a produzir seus efeitos, por ainda não ter sido declarada como tal em um controle abstrato, em uma lei inválida e sem eficácia.

A modulação dos efeitos pode ser aludida, como já discutido no presente trabalho, nos casos de “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”. Os julgamentos de casos repetitivos, por mais que se tornem vinculantes, assim como as jurisprudências dos tribunais superiores, apresentam eficácia endoprocessual, ou seja, para as partes que estão demandando (efeitos *inter partes*). Por conseguinte, o quórum de ministros a favor da modulação dos efeitos de um precedente não precisa de um cômputo tão qualificado, tendo em vista que o entendimento anteriormente decifrado não estava equivocado, incorreto para a Corte julgadora, naquele momento, sendo visualizado como o fiel cumprimento da vontade popular quando em conformidade com a realidade social e com a axiologia que rege, naquele lapso temporal, as relações humanas. Por mais que tenha havido tal alteração, seu teor não era inconstitucional, era a forma que determinada matéria era interpretada, em um espaço de tempo, curto ou prolongado, ratificando o pensamento social e transbordando, aos receptores das normas jurídicas, plena confiança e credibilidade em suas contínuas e uniformes decisões. O quórum que deve ser reconhecido como hábil para garantir a modulação dos efeitos para essas circunstâncias é o de maioria simples dos ministros dos tribunais superiores, a ser decidida pelo Plenário, não cabendo ao órgão fracionário discorrer sobre esse assunto porque é necessário ter plena convicção da escolha a ser feita e nada mais legítimo do que a presença de todos os julgadores que compõem o tribunal superior.

3.7 Um caso excepcional: competência para decidir sobre incidência de ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS

Os casos repetitivos pendentes em relação à incidência do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS são de grande notoriedade, pois envolvem tributos, na modalidade imposto estadual a incidir ou não sobre contribuições da seguridade social. O Supremo Tribunal Federal demorou anos para decidir a questão, não possuindo, anteriormente, jurisprudência sobre o assunto, ao contrário do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispunha,

desde os primórdios, o entendimento no sentido de que o referido imposto deveria recair sobre as mencionadas contribuições, tendo em vista as discussões sobre aspectos infraconstitucionais da controvérsia. Contudo, no julgamento do RE 240.785/MG, finalizado em outubro de 2014, sem repercussão geral, que estava paralisado há quinze anos, a Suprema Corte deu veredito favorável à empresa “Auto Americano”, de modo a excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. Tal acórdão só tem seus efeitos produzidos para as partes do processo. Após essa decisão, o STJ manifestou que poderia mudar sua jurisprudência consolidada, chegando a Primeira Turma, em março de 2015, a contrariar o antigo entendimento. Porém, tal ideia não foi adiante, porquanto no julgamento do REsp 1.144.469/PR, o STJ manteve seu posicionamento de sempre, o que tornou obrigatória sua observância pelos demais membros do Poder Judiciário, para todos os processos semelhantes, aonde quer que tramitassem em território brasileiro.

Foi ajuizada a ADC nº 18 pelo Presidente da República, para que fosse declarada a constitucionalidade do art. 3º, §2º, I, da Lei nº 9.718/98, ainda não julgada, e, reconhecida, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 574706/PR, cujo conteúdo vinculará os demais juízes e tribunais. Os ministros do Pretório Excelso mantiveram o entendimento exaurido quando do julgamento do já citado recurso extraordinário não vinculante, de maneira a afirmar sua percepção sobre o tema, consolidando o precedente criado, de modo a uniformizar sua jurisprudência. O que ocorreria se o STF adotasse uma opinião sobre o tema contrária a do STJ e este continuasse a entender contrariamente? Apesar de ambos serem tribunais superiores e dotados de força e hierarquia, o Supremo Tribunal Federal é o responsável por proteger a estrutura da Constituição de 1988. O tema em epígrafe envolve questão constitucional, não sendo possível que o STJ detenha a palavra final sobre essa situação, pois a lei fundamental assegura que tal prerrogativa cabe a mais alta instância do Poder Judiciário Brasileiro. É incabível a interposição de recursos a outro tribunal. Destarte, o Superior Tribunal de Justiça terá que alterar sua posição, uniformizando sua jurisprudência e trazendo segurança jurídica à sociedade, ao cumprir à vontade da Corte Suprema, competente para discorrer sobre ameaças ou lesões à Magna Carta. Os contribuintes são sujeitos passivos de um tributo, sendo as pessoas que realizam o fato gerador descrito na hipótese de incidência, dando origem à formação da obrigação tributária, da qual decorre o crédito tributário, que passará a ser

exigível com o não pagamento do tributo devido, após notificação regular do lançamento pela autoridade administrativa, sendo, posteriormente, inscrito em dívida ativa.

Já foi amplamente descrito o posicionamento geral desse estudo quanto aos efeitos a serem atribuídos em relação à transformação de um precedente/jurisprudência de um tribunal superior já fortificado, sólido, notório, não podendo ter como alvos da contemporânea percepção, os processos pendentes, ainda não finalizados, uma vez que antes de ingressarem em juízo, já havia a clara compreensão de como a Corte tratava determinado objeto. Não é, por conseguinte, viável e justo fazer com que a repentina e drástica transfiguração possa afetá-los, pois seriam violados os princípios da segurança jurídica, pelo fato de que as novas consequências dos atos praticados seriam diferentes daquelas do antigo entendimento, que era de ciência de todos, da isonomia jurídica, visto que permitiria a ocorrência de decisões conflitantes para casos similares, posto que, caso houvesse a prolação de eficácia retrospectiva para a atual concepção, alcançaria os autos pendentes, não abarcando aqueles transitados em julgado, sob a alegação de coisa julgada material, tornando imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Outrossim, contradizeria o princípio da não surpresa, descrito no art. 10, NCPC porque causaria prejuízos aos jurisdicionados, por algo não esperado.

Em relação a uma mudança de entendimento de um tribunal superior que beneficiaria um contribuinte caberia aplicação retroativa apta a atingir os julgados em andamento e aqueles que já se exauriram? Neste casos, há uma dualidade de forças entre os litigantes. De um lado, existe o sujeito passivo de uma obrigação tributária. De outro, o Fisco, que detém o poder de polícia, próprio da Administração Pública, para lavrar auto de infração, sujeitando o futuro executado ao pagamento da obrigação principal, seja com o adimplemento de um tributo, seja com o de uma penalidade tributária. Nessa relação desigual de poder, seria possível e legítima a aplicação retroativa de um precedente/jurisprudência? Entende-se que sim, no que se relaciona aos casos sob análise, ao contrário dos já esgotados. O contribuinte não pode ser prejudicado por um prévio posicionamento que entendia que os valores a título de ICMS faziam parte do conceito de receita bruta/faturamento, portanto, incidentes sobre a base de cálculo de COFINS e PIS, sendo que, na verdade, não pode ser considerada uma receita, mas sim uma despesa proveniente da circulação de mercadorias, da prestação dos serviços de transporte interestaduais e intermunicipais e da realização de serviço de comunicação.

As pessoas jurídicas de direito privado, empresas dos mais variados ramos de produção e de nichos de mercado diferentes, estão hierarquicamente subordinadas ao Estado, no que se refere à escala de força em seus comandos. A máxima do direito penal, de que a lei mais benéfica retroage, deve ser utilizada no caso de mudança de precedentes/jurisprudência quando culminar em uma vantagem aos sujeitos passivos de uma mesma categoria, classe, antes vista como inexistente e inconsistente. Por mais que resulte em danos, prejuízos econômicos ao Erário, foram bilhões pagos a maior. Em tempos de crise como o Brasil vem passando e tentando enfrentar, principalmente referentes à estagnação de sua economia e ao aumento de seu dividendo, tais valores farão falta aos cofres públicos. Todavia, há de se olhar, também, sob o ponto de vista das empresas, que estão falindo ou entrando em recuperação judicial, por não conseguirem se manter estáveis a ponto de prosseguirem com suas atividades, diante da carga tributária brasileira altíssima.

As competências tributárias dos entes da federação estão descritas na Constituição, possuindo o Brasil a maior carga tributária de toda a América Latina e Caribe, conforme estudo desenvolvido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁶⁷ Diante da grande quantidade de tributos pagos e do retorno pífio dos governantes em termos de serviços públicos de qualidade a serem prestados à população (pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, em 01/06/2015) nas searas da saúde, assistência e previdência social, nada mais justo que a nova posição judicial sobre a exclusão do mencionado imposto estadual na base de cálculo das contribuições da seguridade social seja implementada e aplicada retrospectivamente.⁶⁸ Os contribuintes não podem sofrer as consequências de um Estado mau gestor. Esse assunto será tratado no próximo capítulo quando for explorada a nova jurisprudência do STF sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS.

⁶⁷ NAKAGAWA, Fernando. Brasil tem maior carga tributária da América Latina, diz OCDE: Brasileiros pagam 33,4% do PIB em impostos, mas cobrança é desigual: País está no grupo dos que têm menos impostos sobre renda e lucro, mas é um dos que mais tributa a seguridade social *Estadão*. São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-maior-carga-tributaria-da-america-latina--diz-ocde,10000021608>>. Acesso em 05 de dezembro de 2016.

⁶⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/pelo-5-ano-brasil-e-ultimo-em-ranking-sobre-retorno-dos-impostos.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2016.

CAPÍTULO 4

O ESTUDO DE CASOS CONCRETOS DO STF

4.1 Julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246 e das ADC's 43 e 44

O Supremo Tribunal Federal entendeu, em decisão proferida em 05 de outubro de 2016, que cabe a prisão de condenados em segunda instância, independentemente de ter havido uma dupla condenação ou uma reforma na sentença do juízo de piso, sendo dispensável a espera quanto ao pronunciamento dos tribunais superiores em eventuais recursos interpostos (recursos excepcionais), mesmo não sendo casos de prisão em flagrante ou preventiva, que têm seus institutos e hipóteses de incidência resguardados a partir dos arts. 302 e 312 do CPP, respectivamente. Tal fato foi demonstrado com o julgamento das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n°s 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ambos legitimados para propô-las (art. 103, VII e VIII, CRFB), em que buscavam a suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, sob o fundamento de violação ao artigo 283 do Código de Processo Penal, em diapasão com o art. 5º, LVII, CRFB, o qual menciona que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Até o julgamento do HC 84078/MG, de relatoria do então ministro do STF Eros Roberto Grau, a jurisprudência desse órgão de cúpula era no sentido ora mencionado nas atuais decisões proferidas no HC 126.292/SP e nas ADC's 43 e 44, sendo reacendida a chama de um entendimento que tinha ficado pelo caminho desde 05 de fevereiro de 2009, mas que tinha perdurado por quase vinte e um anos. O *habeas corpus* impetrado por Omar Coelho Vitor, paciente do ato supostamente coator do Superior Tribunal de Justiça, de privação de liberdade, foi o início de uma mudança de jurisprudência, a fim de proteger com mais afínco os direitos e garantias fundamentais relacionadas ao Princípio da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, CRFB), próprio dos Direitos Constitucional, Processual Penal e Internacional, sendo este último vislumbrado pelas redações do art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948) e do art. 8.2. do Pacto de São José da Costa Rica,

internalizado pelo direito brasileiro com o status de norma supralegal.⁶⁹ Os recursos interpostos pela defesa passaram a ser recebidos no duplo efeito, só podendo ser preso o réu, cautelarmente, caso se estivesse diante de uma das condições elencadas no art. 312, CPP.

No mencionado processo, por sete votos a favor e quatro contrários, o Plenário decidiu que o réu, condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais à pena de reclusão de sete anos e seis meses de prisão por tentativa de homicídio duplamente qualificado - artigos 121, §2º, inciso IV, e 14, inciso II, do CP – teria direito a recorrer em liberdade, o que contrariou um firmado posicionamento anterior baseado no art. 637, CPP, que estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”, sendo, até o momento do julgamento do HC 84078/MG, entendido como uma demonstração de que a condenação em segunda instância teria como consequências a prisão do réu, pelo fato de a interposição de RE ou REsp, recursos excepcionais, não impedir a execução de seus efeitos, pois ausente de caráter suspensivo, não sendo isso compreendido como ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência. O conteúdo desse julgado (HC 84078) foi o marco para a transformação da jurisprudência do STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do

⁶⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

Art. 11.1 – “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Pacto de São José da Costa Rica (1969):

Art. 8.2 – “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...)”.

direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual"

Assim permaneceu a opinião do Pretório Excelso por mais de sete anos, conforme se pode comprovar pelos julgados a seguir reproduzidos, sendo que as decisões eram reiteradas e uniformes nesse sentido:⁷⁰

⁷⁰ HC 97523/SP; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Carlos Britto; Julgamento: 30/06/2009; Publicação: DJe-162 de 27/08/2009.

HC 99914/SC; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relatores: Ministros Ellen Gracie.; p/ acórdão Celso de Mello; Julgamento: 23/03/2010; Publicação: DJe-076 de 29/04/2010.

HC 95315/SP; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; Julgamento: 25/05/2010; Publicação: DJe-105 11/06/2010.

HC 107547/SP; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Julgamento: 17/05/2011; Publicação: DJe-103 31/05/2011.

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA NA QUAL NÃO SE REITEROU ESSA FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA: IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. PRECEDENTES. 1. Prisão preventiva decretada, a título de garantia da ordem pública, com base na gravidade do crime imputado ao Paciente, ressaltando a existência de indícios de autoria e prova da materialidade, fundamentos que não foram mantidos quando da prolação da sentença condenatória. 2. Destaco que a matéria envolvendo o direito de recorrer em liberdade de réu condenado sem trânsito em julgado (HC 83.868, Relator Ministro Marco Aurélio; RHC 93.123, de minha relatoria), envolvendo a execução provisória de pena em caso de pendência (ou possibilidade) de interposição de recurso especial ou extraordinário - sem efeito suspensivo (RHC 93.287 e HC 93.172, ambos de minha relatoria; HC 84.078, Relator Ministro Eros Grau; HC 91.676, HC 92.578 e HC 92.691, estes da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski), teve sua apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal na sessão do dia 5.2.2009. Nesses casos, reviu-se a posição que vigorava no Supremo Tribunal Federal de que a pendência de recursos sem efeito suspensivo autorizava o recolhimento do condenado, ainda antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Firmou-se a posição, por maioria de votos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, de que há óbice de prisão para execução ainda provisória de pena na pendência de recurso especial ou extraordinário. A única exceção ficou assentada no caso de prisão cautelar por decreto fundamentado. 3. Ademais, a jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal afasta a prisão preventiva que se funda na gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo. 4. Ordem concedida” (HC 98217/MS; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Primeira Turma Relatora: Ministra Carmen Lúcia; Primeira Turma; Julgamento: 08/09/2009; Publicação: DJe-067 de 15-04-2010)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, até 05 de fevereiro de 2009, era o de que o réu não podia esperar o julgamento dos recursos constitucionais em liberdade, podendo sofrer as consequências da execução provisória da pena, já que os recursos especiais e extraordinários não são dotados de efeito suspensivo capaz de impedir que as decisões dos juízes de segunda instância produzam seus efeitos (art. 637, CPP),⁷¹ não cabendo aos tribunais superiores a análise fático-probatória do caso, somente de questões jurídicas, ao contrário dos juízes de piso e de revisão, sendo consagrado o princípio do duplo grau de jurisdição, com a

HC 123043 SP - SÃO PAULO 9960184-58.2014.1.00.0000; Sigla do Órgão: STF; Relator: Ministro Celso de Mello; Julgamento: 09/03/2015 ; Publicação: DJe-046 11/03/2015.

⁷¹ Art. 367, CPP: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

ampla devolutividade da matéria depreendida na ação penal, a qual tem seu curso inicial de julgamento nas varas estaduais/federais ou no Tribunal do Júri, em caso de crimes dolosos contra a vida. São os julgados daquela época:⁷²

“HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A TRES ANOS DE RECLUSÃO, PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. PRETENDIDO CUMPRIMENTO DA PENA EM LIBERDADE, POR INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU ESTABELECIMENTO DA SENTENÇA, OU ENQUANTO RECORRE DA DECISÃO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É FIRME NO SENTIDO DE QUE A INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO AO REGIME ABERTO NÃO AUTORIZA A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. PREVALENCIA DO INTERESSE PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA SANÇÃO PENAL, EM DETRIMENTO DO INTERESSE INDIVIDUAL DO CONDENADO. ENTENDIMENTO POR IGUAL ASSENTADO NESTA CORTE DE QUE OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL, POR NÃO ESTAREM REVESTIDOS DE EFEITO SUSPENSIVO, NÃO IMPEDEM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE PRISÃO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO”

(HC 71723/SP; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Ilmar Galvão; Julgamento: 14/03/1995; Publicação: DJ 16/06/1995)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em 17 de fevereiro de 2016, por maioria simples, negar o pedido de *habeas corpus* 126.292 impetrado perante a Suprema Corte, ao entender que a análise fático-probatória do caso concreto se encerra com o julgamento de segundo grau pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, não sendo o art. 283, CPP um óbice à execução provisória da pena, à Presunção de Inocência do réu. Embora julgado antes da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, seus efeitos *inter partes* foram ampliados, atingindo juízes e tribunais diversos. A ementa do presente acórdão, que renasceu um posicionamento que tinha sido superado por mais de sete anos, é a seguinte, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

⁷² HC 79814/SP; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Ministro Nelson Jobim; Julgamento: 23/05/2000; Publicação: DJ 13/10/2000.

HC 84235/SP; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relatora: Ministra Ellen Gracie; Julgamento: 14/09/2004; Publicação: DJ 15/10/2004.

HC 84771/RS; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relatora: Ministra Ellen Gracie; Julgamento: 19/10/2004; Publicação: DJ 12/11/2004.

HC 89952/MG; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Ministro Joaquim Barbosa; Julgamento: 15/05/2007; Publicação: DJe-047 29/06/2007.

HC 91675/PR/PE; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relatora: Ministra Cármen Lúcia; Julgamento: 04/09/2007; Publicação: DJe-157 07/12/2007.

HC 90645/PE; Sigla do Órgão: STF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Marco Aurélio; Julgamento: 11/09/2007; Publicação: DJe-142 14/11/2007.

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

O Ministro Teori Zavascki deu o seu voto baseando-se em duas premissas: i) o alcance do princípio da presunção da inocência; ii) a necessária busca de equilíbrio entre o supracitado princípio e a efetividade da atividade jurisdicional penal, a qual deve se pautar não só na proteção aos valores dos acusados, como também na sociedade. O relator do processo mencionou que é no contexto das instâncias ordinárias (primeira e segunda instâncias) que ocorre e se extingue a possibilidade de análise de fatos e provas deduzidas no decorrer do andamento dos autos, firmando-se a responsabilidade criminal do réu acusado de cometimento de uma infração penal. Os recursos de caráter extraordinário não tem o condão de viabilizar o reexame das questões de natureza dos fatos e das provas pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, somente no que se refere ao conteúdo de direito, sendo, portanto, justificável a mitigação do princípio da não culpabilidade. Os mencionados recursos não são dotados de eficácia suspensiva, como se verifica pela redação do art. 637, CPP e do art. 27, §2º, Lei 8038/1990.

Cabe uma observação acerca do art. 27 do diploma normativo citado anteriormente: o julgamento do presente remédio constitucional (art. 5º, LXVIII, CRFB) foi realizado antes da vigência do novo Código de Processo Civil, ainda estava vigorando o antigo, o qual foi revogado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que estabeleceu, nos arts. 995 c/c 1029, § 3º, novas regras sobre a atribuição dos efeitos para recursos especial e extraordinário, mantendo-se a natureza meramente devolutiva desses, sendo a atribuição do efeito suspensivo uma exceção, estando em correspondência com o art. 637, CPP.⁷³

Cita, ainda, a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e a interpretação conferida ao princípio da presunção de inocência por vários países do mundo, como, por

⁷³ Art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990. “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

exemplo, os Estados Unidos, o Canadá, a França, Argentina, etc, para fundamentar sua decisão. Enuncia que, caso fosse entendido que o trânsito em julgado, no processo criminal, de uma decisão judicial condenatória ocorre apenas com o esgotamento dos recursos disponíveis às partes e das instâncias, haveria uma terrível brecha para a contínua e indiscontrolável interposição de recursos protelatórios, cujo intuito, na maioria dos casos, é postergar a prisão, até que se efetive a prescrição da pretensão punitiva ou executória, pois a última hipótese interruptiva do prazo prescricional antes do início do cumprimento de pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, CP), correndo, novamente, o prazo legal, com a interposição dos recursos de natureza extraordinária.

O ilustre membro do Pretório Excelso posicionou-se pela restauração de um entendimento que havia caído em desuso: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”, denegando a ordem de *habeas corpus* requerida por Maria Claudia de Seixas, tendo como paciente Marcio Rodrigues Dantas, ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por cometimento de roubo circunstanciado (art. 157, parágrafo 2º, I e II, CP). Foi impetrado o presente “remédio constitucional” contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP (HC 313.021), que indeferiu o pedido de liminar, o qual tinha como objetivo afastar a expedição do mandado de prisão pelo referido tribunal, antes da existência de trânsito em julgado do processo, contrariando o princípio da presunção de inocência/não culpabilidade do réu. A liminar deferida no HC 126.292 foi cassada pelo Plenário. Acompanharam o relator os seguintes ministros: Cármen Lúcia Antunes Rocha, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Luiz Edson Fachin e José Antonio Dias Toffoli.

Os ministros Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, José Celso de Mello Filho e Ricardo Lewandowski foram votos vencidos no julgamento do HC 126292, sendo favoráveis à concessão do *habeas corpus*, pois entenderam que a jurisprudência do STF consolidada desde 05 de fevereiro de 2009 deveria continuar prevalecendo e vigorando, sendo indispensável o exaurimento de recursos/instâncias de julgamento para que houvesse o cumprimento da pena porque, só a partir deste momento, haveria o trânsito em julgado do processo, devendo ser respeitado o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), cláusula pétrea constitucional (art. 60, §4º, IV CRFB), não

podendo ter seu núcleo afetado por emenda constitucional, modo formal de alteração da Lei Suprema Brasileira, bem como o art. 283, CPP, que assim disciplinam:

Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV - os direitos e garantias individuais.”

Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

O ministro Celso de Mello, contrário ao entendimento majoritário, proferiu as seguintes palavras:⁷⁴

“Ninguém desconhece, Senhora Presidente, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.”

(...)

“Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática— não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!), tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.”

(...)

“Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa — independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado — há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cujas prerrogativas de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.”

“É por isso, Senhora Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado (...)”

Foram propostas, então, duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's), de nºs 43 e 44, as quais foram distribuídas ao Ministro Marco Aurélio, relator de ambas, objetivando que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarasse a constitucionalidade do art. 283, CPP, o qual estaria em conformidade com o princípio da presunção de inocência (art.

⁷⁴ Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADC 43 MC/DF contra a execução provisória da pena, contrariando a maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal. P. 5 e 9.

5º, LVII, CRFB), sendo requerida medida cautelar para sustar a execução provisória da pena dos acórdãos condenatórios proferidos por um tribunal de segundo grau, seja estadual, seja federal. No julgamento que aconteceu em 05 de outubro de 2016, entendeu-se, por maioria de seis votos a cinco, que o referido artigo do Código de Processo Penal não é um obstáculo para o início do cumprimento da pena, negando-se as liminares requeridas.

O Ministro Luiz Edson Fachin foi o primeiro a votar na sessão colegiada, conferindo ao art. 283, CPP interpretação conforme a Constituição Republicana, que, no seu entender, deveria ser voltada à possibilidade de execução provisória da pena, quando do esgotamento das instâncias ordinárias, a menos que fossem atribuídos aos recursos fortuitamente interpostos, efeito suspensivo. Enunciou que o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado analogamente a todos os cidadãos, independentemente do tipo de crime que cometerem e de sua gravidade, reafirmando o voto que proferiu no julgamento do HC 126.292/SP, que possui a seguinte tese: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, foi na direção do voto da maioria dos membros do STF, entendendo que o princípio da presunção de inocência não é uma regra, mas sim um princípio, portanto deve ser utilizada a técnica da ponderação, a fim de verificar o bem jurídico que merece maior proteção no caso em análise: a liberdade de ir e vir do preso ou o direito à liberdade e à pretensão punitiva do Estado, garantindo-se a efetividade do Poder Judiciário, tendo em vista terem o mesmo status hierárquico normativo (status constitucional). Disse que o trânsito em julgado do processo penal não pode ser considerado como aquele em que houve o esgotamento de recursos/instâncias, uma vez que utilizam-se dos recursos extraordinários (especial e extraordinário) para postergar a prisão, sendo um sistema seletivo. Além disso, sintetiza que o sentimento da sociedade é de descrédito em relação à concretização da justiça pelo Poder Judiciário, sendo uma demanda social o fim da impunidade.

O Ministro Teori Zavascki manteve o entendimento firmado em fevereiro, enunciando, novamente, sua opinião favorável à execução provisória de acórdão de segunda instância, pelas razões de que não cabem às instâncias extraordinárias o exame das questões fáticas e

probatórias já discutidas e estudadas nas instâncias ordinárias, tendo os tribunais superiores (STJ e STF) mera atuação quanto a questões de direito, sendo que a verificação da culpabilidade ocorre no *juízo a quo* e no revisional, em que o acusado foi tratado, ao longo de todo o processo ordinário criminal, como inocente, encontrando-se observados seus direitos e garantias inerentes à condição de cidadão.

Luiz Fux, ministro do Pretório Excelso desde 2011, também se ateve à questão da concretização da justiça, não compreendendo que o legislador constituinte quisesse, quando da promulgação da Constituição de 1988, impedir a hipótese de prisão por condenação em segundo grau.

Gilmar Ferreira Mendes ressaltou que, quando for verificado abuso na decisão condenatória proferida por tribunais locais ou federais, a defesa dispõe de recursos constitucionais para reprimi-la (*habeas corpus* e recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo), sendo que nações bastante rígidas e reverenciosas aos direitos fundamentais estão a favor da ideia de prisão com decisão de segundo grau.

A Sra. Presidente do Pretório Excelso, Cármen Lúcia Antunes Rocha, votou, também, contrariando o relator, não deferindo o pedido de medida cautelar, por entender que o princípio de presunção de inocência não impede a execução provisória da pena, principalmente quando houver dupla condenação, uma vez que foram analisadas os fatos e as provas, sendo obrigatória a salvaguarda do sistema e de sua confiabilidade pela sociedade. Foram suas palavras: "O acesso à Justiça não significa apenas acionar-se o Judiciário, mas ter-se uma resposta em tempo razoável".

A Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa concordou com o relator do processo e voto vencido, ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, interpretando o art. 283, CPP em compatibilidade com o art. 5º, LVII e LXI, CRFB, enunciando que os diplomas normativos devem ser lidos literalmente, diante da clareza do mandamento constitucional, só podendo existir prisão, salvo a de caráter cautelar, com o trânsito em julgado da condenação, o qual só ocorre com o exaurimento de hipóteses de interposição de recursos/órgãos julgadores, garantindo-se a máxima da presunção de inocência, presente no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como em tratados internacionais internalizados pelo Brasil, como, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos (24 de abril de 1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica” (06 de novembro de 1992). Essa foi, outrossim, a compreensão do Sr. Ministro Ricardo Lewandovski.

O Ministro José Celso de Mello Filho relatou que a presunção de inocência é um direito fundamental conquistado pela sociedade durante uma histórica e contínua luta contra as arbitrariedades estatais, sendo observados os valores de um regime democrático de Estado. Mencionou que a posição da maior parte de seus colegas de tribunal é um retrocesso à efetivação das liberdades fundamentais no Brasil, não podendo ninguém ser considerado culpado até o real trânsito em julgado da condenação criminal, ou seja, com sua definitiva irrecorribilidade.

José Antonio Dias Toffoli relatou que o princípio da presunção de inocência se concretiza como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento.⁷⁵ Aduziu que o art. 283, CPP “limita-se a densificar os dispositivos constitucionais que estabelecem que a liberdade de locomoção constitui a regra, e a prisão, a exceção. Mais precisamente, densifica o art. 5º, LVII, CF, que consagra a presunção de inocência”, sendo indiscutível sua congruência com a Constituição da República. Expressou que, se não for o caso de prisão em flagrante ou prisão cautelar, não pode ser admitida a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, que só acontece quando há a imutabilidade de seus efeitos. A execução provisória da pena poderia ocorrer com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Concedeu, parcialmente, a medida cautelar. Eis uma tabela para sistematizar o posicionamento dos ministros no julgamento do HC 126.292/SP e das ADC’s 43 e 44.⁷⁶

⁷⁵ MORAES, Murício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. P. 358-364.

⁷⁶ Reprodução do site Migalhas, com alteração meramente de cores. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246876,11049STF+mantem+posicionamento+para+permitir+prisao+apos+condenacao+em+2>>. Acesso em 22 mar. 2017.

Julgamento das ADCs 43 e 44		Julgamento do HC 126.292	
<u>A favor da execução da pena</u>	<u>Contra a execução da pena</u>	<u>A favor da execução da pena</u>	<u>Contra a execução da pena</u>
Cármen Lúcia	Celso de Mello	Cármen Lúcia	Celso de Mello
Luiz Edson Fachin	Marco Aurélio	Luiz Edson Fachin	Marco Aurélio
Gilmar Mendes	Ricardo Lewandowski	Gilmar Mendes	Ricardo Lewandowski
Luís Roberto Barroso	Rosa Weber	Luís Roberto Barroso	Rosa Weber
Luiz Fux	Dias Toffoli	Luiz Fux	-
Teori Zavascki	-	Teori Zavascki (relator)	-
-	-	Dias Toffoli	-

Tabela 3

O Supremo Tribunal Federal utilizou-se do Plenário Virtual no ARE 964.246 para manter o posicionamento adotado no HC 126.292/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki, corroborando que a execução provisória da pena pode ocorrer após condenação em segunda instância, sendo considerado transitado em julgado o processo a partir desse momento, uma vez que o exame fático-probatório cabe, somente, ao juízo de primeiro grau e ao tribunal revisor, estando os tribunais superiores, STJ e STF, adstritos às questões de direito dos autos judiciais. Foram feitas três votações (antes da conclusão dos julgamentos das ADC's nºs 43 e 44) relacionadas à verificação da existência de matéria constitucional no ARE 964.246 (ajuizado pela advogada do reclamante do HC 126.292/SP), de repercussão geral de seu conteúdo, se possuía ímpeto de alcançar a coletividade por transcender os interesses das partes da demanda, havendo, por último, a análise do mérito do processo. As duas primeiras votações foram unânimes, sendo a consideração da segunda um indicador de vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário, enquanto que a terceira foi vencida, por maioria, reafirmando a jurisprudência dominante sobre a matéria proferida no supracitado *habeas corpus*. A ministra Rosa Weber não se manifestou. Quando isso acontece, no Plenário Virtual, expressa a concordância tácita com o relator. Desde 2010, o regimento interno do STF prenuncia que o julgamento de mérito de assuntos com reconhecida repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência amplamente majoritária da Corte, pode ser desempenhado eletronicamente.⁷⁷ Os votos das autoridades judicantes foram nos seguintes sentidos.⁷⁸

⁷⁷ O Plenário Virtual é uma plataforma online utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, criada no ano de 2007, para que haja o julgamento de repercussão geral de recursos extraordinários, questão preliminar para sua admissibilidade, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta de seus membros (oito ministros – art. 102, §3º, CRFB – redação incluída pela EC 45/2004). É um sistema informatizado,

Ministros do STF	Questão Constitucional	Repercussão Geral do ARE 964.246	Reafirmação de jurisprudência dominante com base no julgamento do HC 126.292/SP
Teori Zavascki	SIM	SIM	SIM
Luiz Edson Fachin	SIM	SIM	SIM
Luiz Fux	SIM	SIM	SIM
Dias Toffoli	SIM	SIM	NÃO
Gilmar Mendes	SIM	SIM	SIM
Cármen Lúcia	SIM	SIM	SIM
Luís Roberto Barroso	SIM	SIM	SIM
Celso de Mello	SIM	SIM	NÃO
Marco Aurélio	SIM	SIM	NÃO
Ricardo Lewandowski	SIM	SIM	SIM
Rosa Weber	-	-	-

Tabela 4

4.1.1 Da necessidade de modulação dos efeitos no julgamento do ARE 964.246

A população brasileira está extremamente insatisfeita com os rumos que o Brasil vem tomando em várias searas da vida coletiva, seja nos planos político e econômico, seja no social. Infelizmente, a violência é uma das muitas preocupações que o cidadão nacional, os estrangeiros que aqui possuem residência, bem como os turistas precisam lidar no dia a dia, sendo a segurança pública um tabu a ser enfrentado pelos governadores das unidades da federação, buscando-se a consolidação de um Estado em que reine a paz social, sendo os crimes eventuais infortúnios. No Rio de Janeiro, por exemplo, os crimes violentos aumentaram em quase 12% (doze por cento), mais precisamente em 11,7% (onze vírgula sete por cento), em março de 2016, em comparação com o mês de fevereiro do ano de 2015, sendo

transparente, não sendo, atualmente, de acesso exclusivo dos onze ministros e dos tribunais cadastrados, abarcando, também, o público em geral. A Emenda Regimental 51, de 22 de julho de 2016 acrescentou o §5º ao art. 317 e o §3º ao art. 337 do RISTF, tornando legal e, portanto, possível, o julgamento eletronicamente de agravos internos e embargos de declaração.

⁷⁸ Reprodução do site Migalhas, com pequena alteração em sua estrutura. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1248566,61044STF+confirma+prisao+apos+2+instancia+em+p+rocesso+com+repercussao+geral>>. Acesso em 22 mar.2017.

chamados de índices de letalidade violenta aqueles crimes em que o resultado morte é ocasionado. Os homicídios dolosos (art 121, *caput*, CP) também tiveram uma elevação um tanto quanto espantosa no ano de 2016, em comparação ao mês de fevereiro do ano anterior, crescendo em 23,3% (vinte e três virgula três por cento) o número de casos em que o autor, agente ativo de um crime, praticou uma conduta (ação) com o intuito de matar outrem, conseguindo alcançar o objetivo anteriormente fixado na fase de cogitação. São índices divulgados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP).⁷⁹

O sentimento de impunidade norteia o pensamento de milhões de pessoas ao relacionar a eficácia do Estado Brasileiro em exercer o seu poder coercitivo, autoexecutório de polícia, sendo o Poder Executivo guarnecido de suas polícias administrativa e judiciária, com a existência de um grande contingente de indivíduos que executam condutas *contra legem*. São praticados graves crimes contra a vida (85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, conforme relatório divulgado em fevereiro de 2015, pela Anistia Internacional),⁸⁰ contra o patrimônio público, ficando os sujeitos ativos dos delitos ausentes de eventuais penalidades na seara criminal, em decorrência, principalmente no caso de crimes de lavagem de dinheiro, corrupção passiva e organização criminosa de políticos, de seus poderes e influências. Conseguem se esconder da atuação do Poder Judiciário, que, ao ver da maioria da população brasileira, é morosa por demais, favorecendo um sistema de corrupção, articulado por todas as esferas de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário). Além disso, são quase unânimes as alegações de que o Código Penal é defasado, já que as normas secundárias que regulamentam as descrições de condutas criminosas são muito brandas, ainda mais em virtude da possibilidade de progressão de regime em um período tão curto de tempo, com muitas saídas em épocas festivas, o que vem ocasionando uma rápida regressão do delituoso ao convívio social, voltando a cometer suas infrações penais (sete em cada dez presos voltam a praticar crimes), atormentando a vida em sociedade. Existem, ademais, corriqueiras fugas, gerando a possibilidade do acometimento da perda da pretensão executória do Estado, com o não cumprimento da pena pelo réu, embora os efeitos secundários da sentença sejam mantidos (arts. 91 e 92, CP). Diante da impunidade que se alastrou neste país durante toda a

⁷⁹ ÍNDICES de homicídios e roubos no estado do RJ sobem em fevereiro: Crimes violentos aumentaram quase 12% na comparação com 2015. Maior alta, porém, ocorreu no número de roubos de carga: mais de 65%. G1. Rio de Janeiro, 17 mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/03/indices-de-homicidios-e-roubos-no-estado-do-rj-sobem-em-fevereiro.html>. Acesso em 05 jan. 2017.

⁸⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/2015: O estado dos direitos humanos no mundo*. Londres: [s.n.], 2015. 1-250 p.

Constituição Cidadã, a população está mais preocupada com a efetividade deste Poder e a concretização de justiça, com o encarceramento de autoridades criminosas, corruptas e demais pessoas delituosas, por juízes corajosos e destemidos, do que possíveis irregularidades cometidas no curso do processo penal brasileiro, compreendidas, como existentes, por alguns estudiosos, apesar de haver opiniões divergentes. A justiça e a paz social são extremamente valoradas pela sociedade, já que a falta de segurança pública eleva o Brasil ao posto de um dos mais violentos países do mundo, afetando o bom convívio da comunidade e a liberdade de ir e vir dos cidadãos, gerando temor e pânico a todos os seus habitantes. A volta para casa não é, infelizmente, uma certeza. O Estado de Natureza Hobbesiano está instaurado. A desordem social é clamorosa e chocante. O homem acaba sendo o lobo de seus semelhantes (HOBBS, 2003).⁸¹

O sistema carcerário brasileiro é deficitário, tendendo à falência. Os espaços destinados aos presidiários são estreitos, sem higiene básicas e superlotados, ou seja, além da capacidade de suporte contingencial. Muitos se encontram nessas condições pelo simples cometimento de furto famélico, para garantir a dignidade de suas famílias, um mínimo existencial, sendo misturados a criminosos com alto grau de periculosidade. A corrupção nas unidades prisionais é corriqueira e a falta de fiscalização mais eficaz, por parte do Estado, para a entrada e saída de familiares, em visitas aos presídios, permite aos condenados a continuação de suas práticas delituosas dentro dos sistemas prisionais, com utilização de aparelhos celulares nas celas, demonstrando que mandam e desmandam sob os olhos do Estado. Atualmente, a população carcerária no Brasil é a quarta maior do planeta, ficando atrás somente dos Estados Unidos, China e Rússia, respectivamente. Em dezembro de 2014, por meio do relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), foi divulgado que a população penitenciária brasileira chegou a 622.202 (seiscentas e vinte duas mil, duzentas e duas) pessoas.⁸²

Sem adentrar ao mérito da correta ou não decisão do STF a respeito da execução provisória da pena para todos os condenados em segunda instância (já que não é o tema da presente monografia), sem depender do esgotamento das instâncias e, conseqüentemente, dos

⁸¹ HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸² Conselho Nacional de Justiça – Cidadania nos Presídios. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 15 dez. 2016.

recursos, pelo fato de os tribunais superiores não serem juízos revisores, não lhes cabendo a reapreciação das matérias de fato e provas, sendo necessária a garantia da efetividade jurisdicional, bem como em razão de os recursos constitucionais beneficiarem as classes mais abastadas e serem, na ampla maioria das vezes, interpostos, tendo um caráter meramente protelatório, necessária é a verificação de modulação dos efeitos no ARE 964.246 e nas ADC's 43 e 44. O Pleno do Supremo Tribunal Federal não modulou os efeitos da decisão, em Plenário Virtual, no que se refere a ação de controle concreto, entendendo que a referida decisão colegiada, além da natureza vinculante, por possuir repercussão geral, deveria ter efeitos retroativos, alcançando todos os réus condenados em segunda instância antes do julgamento desse processo paradigma. Preliminarmente, é indispensável entender que, depois de 05 de fevereiro de 2009 até antes da solução da demanda do HC 126292, de fevereiro de 2016, a jurisprudência era consolidada no sentido de que caberia a prisão daqueles que estavam em flagrante delito, que preenchessem os requisitos legais da prisão temporária ou preventiva, além dos condenados em sentença transitada em julgada, em uma análise *ipsi literis* do comando normativo do art. 283, CPP. A prisão cautelar das penas poderia ocorrer nessas situações descritas no Código de Processo Penal.

Como a jurisprudência era pacífica até fevereiro de 2016, de conhecimento de todos, pelas reiteradas e uniformes decisões dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal, já havia uma confiança depositada pelos jurisdicionados de que somente poderiam ser punidos, antecipadamente, caso se enquadrassem em uma das situações descritas no art. 283, CPP, não sendo tolerada a prisão cautelar para os casos que envolvessem condenação não transitada em julgado, em que o agente ativo do delito não se enquadraria nas hipóteses de prisão em flagrante ou preventiva. Era, portanto, claro, que a regra seria aguardar o processo em liberdade até que houvesse o trânsito em julgado do processo, resguardando-se, ao máximo, o princípio-valor da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB). Outrossim, com a ausência de modulação dos efeitos, a segurança jurídica estaria prejudicada em demasia, pois contraditaria todos os casos decididos no passado, de acordo com a jurisprudência consolidada do órgão máximo do ordenamento jurídico brasileiro (STF), na época, que perdurou por mais de sete anos, sendo um entendimento firmado com afínco e isento de dúvidas quanto a sua qualidade e certeza pelos demais órgãos do Poder Judiciário, subordinados ao Pretório Excelso, e doutrinadores, especialistas sobre o tema.

A não escolha pela modulação dos efeitos não faz sentido. Teoricamente, os réus que estão soltos, com base na jurisprudência anterior, somente estão nessa situação por serem inócuos, não preenchendo quaisquer dos requisitos legais autorizadores para a decretação de suas prisões cautelares (de maneira preventiva), já que: i) na época dos acontecimentos, não eram capazes de tumultuar a ordem pública com a prática de novos crimes, caso soltos, ocasionando sérios riscos à segurança da coletividade, sendo desnecessário o cerceamento legal de suas liberdades; ii) não tinham o poderio de intimidar testemunhas, outras partes do processo, bem como dificultar a produção de provas, impedindo o bom funcionamento do sistema processual penal; iii) não causavam embaraços à aplicação da lei penal, por não darem indícios de que haveria a possibilidade de fugirem do país, em uma espécie de fuga repentina e na surdina, despistadamente. Portanto, estar-se-ia falando de réus que, embora condenados em graus recursais, não produziram riscos à segurança e soberania nacionais, nem ao correto e eficaz andamento do processo criminal, não havendo motivos suficientes para deslocar os efeitos da nova decisão sobre antecipação da pena para o contexto e conjuntura anteriores, até porque, a prisão cautelar era admitida antes dos julgamentos das ADC's 43 e 44 e do ARE 964.246. Se não houve a prisão cautelar, significa que a autoridade judiciária, que detém o poder jurisdicional, não visualizou a existência de quaisquer das hipóteses legais autorizadas de sua decretação, sendo, dessa forma, réus que não ocasionam maiores perigos ao sistema processual penal e ao desenvolvimento pacífico da sociedade.

Igualmente, os efeitos retrospectivos provenientes dessas decisões, estabelecendo a antecipação da pena para condenados em segunda instância, sob o viés social e não jurídico, significaria a crise completa do Estado Brasileiro, pelo fato de o país não possuir uma boa estrutura carcerária, havendo superlotação, via de regra, nos presídios de segurança máxima estaduais e federais, com a presença de seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e dois presos, segundo últimos dados do INFOPEN, de dezembro de 2014, número esse que supera a população de Aracajú/Sergipe. Há uma notória saturação do sistema penitenciário brasileiro. Com a não modulação, haveria o maior encarceramento coletivo já visto em toda a história desse país. A situação carcerária é alarmante, diante da quantidade de presos em comparação a sua estruturação, não possuindo os governos federais e estaduais recursos para a implementação de novas penitenciárias de segurança máxima. Para comprovar tal alegação, basta serem lembradas as notícias e imagens divulgadas na Penitenciária de Alcaçuz e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

4.2 ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS e o julgamento do RE 574.706/PR

Em relação à questão tributária da incidência ou não do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na base de cálculo de contribuições para a seguridade social, como o PIS e a COFINS, substancial tecer breves comentários sobre o imposto estadual. De acordo com o art. 3º, Lei nº 5.172/1966, o termo “tributo” consiste em: “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. O tributo é o gênero, cujas espécies são: impostos; taxas; contribuições de melhoria; empréstimos compulsórios; contribuições especiais (sociais, de intervenção no domínio econômico, corporativas e de iluminação pública).

O ICMS é um imposto, portanto, sem vinculação de suas receitas para determinado fim específico, cuja competência legislativa pertence aos estados membros da federação, bem como possuem capacidade tributária ativa, isto é, são os responsáveis por sua fiscalização e recolhimento. O ICMS só pode ser instituído mediante lei ordinária, estando positivadas as hipóteses de incidência do imposto no art. 155, II, CRFB e art. 4º, *caput*, da LC nº 87/96. São elas: realização de operações de circulação de mercadorias, sendo indispensável que a circulação seja hábil a fazer o trajeto da mercadoria desde a produção até o consumo; importação de bens de qualquer natureza; prestação de serviços interestadual e intermunicipal; concretização de serviços de comunicação, ainda que as mesmas tenham começado no exterior. As mercadorias, conforme entendimento de Eduardo Sabbag, são bens ou coisas móveis, devendo o conceito ser empregado de acordo com sua destinação. Caso sejam para o próprio consumo, não serão consideradas mercadorias, ao contrário do que acontece com os bens adquiridos para venda ou revenda. (SABBAG, 2016).⁸³

O PIS e a COFINS são contribuições sociais instituídas pelas LC's 7/70 e 70/91, respectivamente, competindo, exclusivamente, à União, sua criação, conforme art 149, *caput*, CRFB. São contribuições relacionadas ao financiamento da seguridade social, devendo ser pagas pelo empregador sobre a sua receita ou faturamento (art. 196, I, “b”, CRFB). Para fins de direito, o conceitos de faturamento e receita bruta foram equiparados, tratando-se de sinônimos. A ampliação, pela Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, §1º, da base de cálculo de PIS e da COFINS, para toda a renda auferida pela pessoa jurídica, foi declarada inconstitucional

⁸³ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

pelo Supremo Tribunal Federal, sendo tal entendimento consolidado na sessão plenária, em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos RE's n°s 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG. O conceito de faturamento/receita bruta corresponde às receitas provenientes da venda de mercadorias, serviços ou de mercadorias e serviços pela pessoa jurídica, contribuinte das referidas contribuições sociais, sendo descontados, somente, valores relativos ao imposto pago sobre produtos industrializados, vendas canceladas, devolvidas ou de descontos fornecidos (regime não cumulativo). A Terceira Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e o Conselho Superior de Recursos Fiscais, em 10/04/2012, reafirmaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS é o faturamento, sendo que esse compreende a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de ambos.

Desde a década de 1980, entendeu-se, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunal Federal de Recursos, pela compatibilidade da incidência do ICMS na base de cálculo de contribuições previdenciárias.⁸⁴ *Ex vi* as seguintes súmulas:

Súmula 191/TRF: “É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o Imposto Único sobre Combustíveis e Lubrificantes.” (j. em 05.11.1985)

Súmula 258/TFR: “Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM.” (j. em 21.06.1988)

Súmula 68, STJ: “A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.” (j. em 15.12.1992)

Súmula 94, STJ: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.” (j. em 22.02.1994)

Como se depreende da análise do conteúdo dos julgados do STJ, atualmente a jurisprudência desse órgão é amplamente majoritária sobre o assunto, sendo fixada tese jurídica a favor da União, garantindo a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, havendo poucos precedentes contrários ao entendimento firmado há mais de 20 (vinte) anos, quando comparados à totalidade de decisões colegiadas já proferidas.

⁸⁴ O Tribunal Federal de Recursos foi criado pela Constituição de 1946 (Seção III), estando suas competências disciplinadas nos arts. 103/105. Sua instalação deu-se após um ano (1947), pertencendo o referido órgão à segunda instância da Justiça Federal, sendo, portanto, integrante do Poder Judiciário. Com a promulgação da Constituição Cidadã, foi extinto, dando lugar ao surgimento dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, passando os antigos ministros do supracitado tribunal a compor o recém-formado Superior Tribunal de Justiça.

Apesar de estabelecer seu entendimento com notoriedade, fica impedida a confiança legítima dos jurisdicionados de que suas demandas sejam julgadas procedentes, transmitindo-se uma insegurança jurídica descomunal, tanto para os contribuintes, quanto para o beneficiário do pagamento desse imposto estadual sobre a base de cálculo das referidas contribuições sociais (Estado), já que o STJ ignorou o entendimento do STF acerca do tema, no julgamento do RE 240.785/MG, em que foi decidido pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para financiamento da seguridade social (COFINS), sendo destacado ser uma temática eminentemente constitucional. O STJ, no julgamento do REsp 593.627/RN, por meio da Primeira Turma, seguiu o precedente do STF, dando a entender que modificaria sua jurisprudência já firmada, contudo a manteve, sendo essa herdada do extinto Tribunal Federal de Recurso.⁸⁵

⁸⁵ REsp 505172/RS; Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma; Relator: Ministro João Otávio de Noronha; Data do Julgamento: 21/09/2006; Data da Publicação: Dj 30/10/2006 p.262 RET vol.60 p.43

AgRg no Ag 1069974/PR; Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma; Relator: Ministro Francisco Falcão; Data do Julgamento: 17/02/2009; Data da Publicação: Dje 02/03/2009

AgRg no AREsp 430892/SP; Órgão Julgador: T1 -Primeira Turma; Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima; Data do Julgamento: 25/02/2014; Data da Publicação: Dje 07/03/2014

REsp 1144469 / PR; Órgão Julgador: S1 – Primeira Seção; Relator: Ministro: Napoleão Nunes Maia Filho; Relator para o acórdão: Ministro Mauro Campbell Marques; Data do Julgamento: 10/08/2016; Data da Publicação: Dje 02/12/2016

AgInt no AREsp 899375/RS; Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma; Relator: Ministro Herman Benjamin; Data do Julgamento: 20/09/2016; Data da Publicação: Dje 10/10/2016

Alguns julgados que destoam da jurisprudência abundantemente majoritária do Superior Tribunal de Justiça, com entendimentos de que a inclusão de ICMS não pode ocorrer sobre a base de cálculo de PIS e COFINS por não configurar faturamento, sendo o valor transferido ao Estado, portanto configurando uma despesa do contribuinte, apesar de passar pela contabilidade da empresa: AgRg no REsp 1.363.902/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Dje 19/08/2014 e AgRg no AREsp 509.246/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje 10/10/2014 – entendimento firmado pelas Turmas da Primeira Seção – Informativo nº 0510, de 18 de dezembro de 2012 – Primeira Turma), enquanto existem outros relatando que o assunto é de índole constitucional, devendo o STF julgar a questão, não sendo de alcance, cabimento do STJ (AgRg no AREsp 768.212/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Dje de 12/11/2015; AgRg no AREsp 706.163/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Dje de 26/08/2015; AgRg no AREsp 657.266/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Dje de 05/06/2015; AgRg no REsp 1.487.527/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Dje de 26/11/2014.

O Supremo Tribunal Federal, até o julgamento do RE 240.785/MG, que ficou pendente por mais de quinze anos, não possuía julgados sobre a temática, não existindo uma jurisprudência estabelecida sobre a controvertida questão, sobre a legitimidade da incidência do mencionado imposto sobre a circulação de produtos e serviços na base de cálculo de contribuições sociais. Muitas ações e recursos extraordinários foram trancados, sem uma posição resolutória da Suprema Corte, ocorrendo, com o decorrer do tempo, uma relevante mudança na composição do Supremo, em que o entendimento majoritário de seus ministros, neste recurso extraordinário, cuja distribuição se operou, em 1998, era a favor do contribuinte. Em 2013, no RE 559.937/RS, de relatoria da ministra Ellen Gracie, o STF afastou a possibilidade de inclusão de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, somente no que se refere a operações de importação de bens e serviços. O recurso extraordinário 240.785/MG teve seu julgamento iniciado no Plenário Físico da Corte Suprema, em 1999, anos antes ao surgimento da Emenda Constitucional 45/2004, que positivou o instituto da repercussão geral, sendo seu julgamento finalizado, somente, em 08/10/2014, tendo o processo tramitado por mais de quinze anos no STF. Portanto, a decisão, por maioria absoluta, que favoreceu o contribuinte, teve os seus efeitos somente para as partes do processo, contudo serviu como um precedente para que os demais tribunais uniformizassem suas jurisprudências com o referido julgado, por mais que fosse apenas um indicativo, sem caráter vinculante, da jurisprudência a ser adotada pelo Pretório Excelso. Eis a ementa do acórdão:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.

(STF – Pleno – RE 240.785, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.10.2014, DJe 16.12.2014. Em razão do recesso, o trânsito em julgado ocorreu em 23.02.2015).

Em 24/04/2008, o Plenário do STF reconheceu, no RE 574.706/PR, a repercussão geral do tema, que estava em julgamento no RE 240.785/MG, passando a valer essa futura decisão a toda a coletividade, em razão da existência de motivos jurídicos/sociais/econômicos/financeiros que transcendem a causa individual que, embora lhe será atribuída efeitos *inter partes*, vincularão os demais órgãos do Poder Judiciário, por se tratar de um recurso constitucional repetitivo. Outros processos também tiveram repercussão geral reconhecida, os quais possuem a mesma causa de pedir jurídica - questão tributária controvertida – incidência de ICMS na base de cálculo de PIS e da COFINS - servindo o

julgamento do RE 574.706 como parâmetro e modelo para os demais que se encontram sobrestados nos tribunais de segunda instância, à espera de um veredito definitivo. Alguns exemplos de recursos extraordinários, com repercussão geral notada:⁸⁶

A ADC nº 18 foi distribuída ao STF, em 10/10/2007, de relatoria do então ministro Menezes Direito, que após seu falecimento, foi redistribuída ao ministro Celso de Mello, possuindo como autoridade requerente o Presidente da República. O objetivo da presente ação de controle abstrato era a declaração de constitucionalidade do art. 3º, §2º da Lei nº 9.718/98 em relação ao art. 195, I, “b”, CRFB, sendo deferida a medida cautelar para que fossem suspensos todos os julgamentos que versassem sobre a controvérsia tributária (em 13 de agosto de 2008), havendo a contínua prorrogação da eficácia da liminar deferida (a prorrogação da medida cautelar deferida tem, como termo inicial, o dia 04 de fevereiro de 2009, por decisão do Tribunal Pleno, havendo, por maioria, em 25 de março de 2010, a prorrogação, pela última vez, por mais cento e oitenta dias, de sua eficácia), não mais surtindo efeitos, hoje em dia.

O RE 574.706/PR, até 08/11/2016, tinha como relatora a ministra Cármen Lúcia, havendo sua substituição, no dia seguinte, pelo ministro Ricardo Lewandowski, de acordo com o art. 38 do Regimento Interno do STF. Trata-se de um *leading case*, de efeitos vinculantes, acerca do assunto inclusão de ICMS na base de cálculo de PIS e da COFINS, sendo reconhecida a repercussão geral do tema, por meio do Plenário Virtual da Corte, cuja recorrente é a “Incopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda”.

⁸⁶ RE 574706 RG / PR – PARANÁ; REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico; Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA; Data de Julgamento: 24/04/2008; Data da Publicação: DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-10 PP-02174; Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

RE 606107 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL: REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico; Relatora: Min. ELLEN GRACIE; Data de Julgamento: 01/07/2010; Data de Publicação: DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-05 PP-01123; Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

RE 835818 RG / PR – PARANÁ; REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Data de Julgamento: 27/08/2015; Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015; Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Como se pôde perceber, o STJ possuía uma jurisprudência já consolidada sobre a temática, desde os anos 80, legitimando a inclusão de ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS, reproduzindo a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recurso, ao criar as súmulas 68 e 94. Atualmente, a jurisprudência desse órgão de vértice é amplamente majoritária no mesmo sentido, embora existam decisões, relativamente pequenas em números, quando comparadas a um conjunto de julgados já prolatados, contrariando o entendimento firmado. Apesar disso, o instituto da segurança jurídica precisa ser vislumbrado sob a égide do Supremo Tribunal Federal, já que, conforme destacado no RE 240.785/MG, a controvérsia não é indireta e reflexa à Constituição. Trata-se de um assunto que reflete, fortemente, no conteúdo da Lei Suprema do ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao Pretório Excelso exercer a atribuição conferida pela Constituição de 1988, de ser o guardião da Magna Carta, evitando que as disposições contidas em seu texto sejam “rasgadas”. Cabe ao STJ a uniformização da interpretação sobre leis federais, não sendo de sua atribuição resolver questões referentes à norma máxima, parâmetro de validade para as demais espécies normativas.

4.2.1 A tutela das empresas privadas ante a um Estado pouco atuante e inefetivo

Como reproduzido no julgado do referido recurso extraordinário, não cabe a incidência de ICMS na base de cálculo das contribuições da seguridade social PIS e COFINS, tendo em vista o caráter de ônus fiscal do supracitado imposto estadual, sendo pago com a transferência da propriedade de mercadorias e/ou serviços, não adentrando ao faturamento da empresa, somente para a contabilidade, devendo ser direcionado ao Fisco, o qual é o receptor de tal tributo. Logo, pode-se perceber que não se trata de faturamento empresarial, já que é um montante a ser adimplido, com o lançamento regular do imposto, ao estado beneficiário, sendo uma despesa para as pessoas jurídicas de direito privado. Sua inclusão fere o art. 150, I, CRFB, arts. 97 e 110, CTN. Os contribuintes não podem ser prejudicados pela má gestão dos recursos públicos por parte do Estado, devendo ser restituídos por todo o montante pago a maior (art. 165, I CTN), tendo o direito de pleitear tal restituição no prazo de cinco anos, conforme art. 168, *caput*, CTN. O Brasil é o país da América Latina que, apesar de ter a maior carga tributária, não consegue manter sua balança comercial favorável, possuindo inúmeras dívidas no plano exterior, bem como escassez de recursos para investimentos em setores indispensáveis da sociedade, como a educação e a saúde, por sua incompetência. Além do

péssimo manuseio dos recursos públicos, a sociedade ainda precisa lidar com uma máquina estatal repleta de corruptos e corruptores. Enquanto os cidadãos realizam o seu dever legal de pagar os tributos devidos, os governantes, infelizmente, não revestem essa imensa carga tributária estabelecida, em melhorias na qualidade de vida da coletividade.

O STF nunca teve jurisprudência sobre a (in)constitucionalidade da inclusão de ICMS na base de cálculo de contribuições sociais, pois, desde o final da década de 1990, a Suprema Corte vem discutindo a questão, não tendo havido uma conclusão sobre o seu conteúdo, até 2014, ano em que foi constituído seu primeiro precedente, com o julgamento do RE 240.785, após 15 (quinze) anos de espera. Além disso, a temática em epígrafe sempre foi discutida perante o STJ, já que era tida como de natureza infraconstitucional, por versar sobre a legalidade do art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, sendo considerada como de ofensa reflexa/indireta à Constituição. Contudo, foi decidido no RE 574.706/PR, que a temática teria repercussão geral, sendo seu conteúdo eminentemente constitucional. O Pretório Excelso, guardião da Constituição da República, teria a incumbência da uniformização da interpretação de normas constitucionais. A jurisprudência dos tribunais, órgãos do Poder Judiciário, sempre mostrou-se oscilante, por vezes compreendendo que o ICMS deveria incidir na base de cálculo do PIS e da COFINS, por ser considerado faturamento da empresa, por outras não, em decorrência do entendimento de ser uma despesa fiscal. Também a divergência sobre o tema pode ser vista pelas sentenças redigidas pelos juízes. O Superior Tribunal de Justiça, apesar de ter mantido um entendimento a favor do Estado, ao longo dos anos, não possui a competência constitucional de ser o órgão judicial a quem incumbe a solução final dessa questão tributária, não podendo sua tese firmada pautar a confiança legítima e a segurança jurídica dos jurisdicionados, papel que incumbe ao STF. Como não existia jurisprudência consolidada na Suprema Corte, inexistia a certeza de êxito pelos demandantes, de que sairiam vitoriosos do litígio. Outrossim, independentemente do conflito de decisões entre os mencionados tribunais superiores, o Supremo é o responsável pela padronização da interpretação constitucional, cabendo ao mesmo ditar como determinado conteúdo será compreendido, vinculando os demais tribunais e juízes.

Ainda que o conjunto de decisões do STJ fosse uniforme em todos ou quase todos os julgados da Suprema Corte, favorecendo o Fisco, o contribuinte não poderia sofrer com o prejuízo de uma interpretação anterior, atualmente modificada, já que está em uma situação de vulnerabilidade, sendo o elo mais fraco, no que se refere a sua relação com o Estado, não

cabendo, pois, a modulação dos efeitos do novo posicionamento. Deveria ser considerado um entendimento equivocado, uma vez que não estaria em conformidade com os anseios sociais, os quais suplicam pela redução da carga tributária, cujo montante é extremamente elevado. As empresas, no Brasil, não conseguem crescer e se manter em atividade, não sendo possível proporcionar, dessa forma, o desenvolvimento, progresso econômico do país, em razão do intenso volume de tributos a serem pagos. Como o Estado Brasileiro está em crise, com a redução do poder aquisitivo dos consumidores, além da inflação, torna-se impossível a continuidade de suas atividades, objeto do contrato social, não sendo poucos os casos de necessidade de pedido de recuperação judicial e, mais drasticamente, de falência. Portanto, assim como o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis Trabalhistas, o Código Tributário Nacional em conjunto com a Constituição de 1988, precisam tutelar a parte mais hipossuficiente da relação jurídica. Isso não significa que os mais frágeis sempre devem vencer as ações judiciais, mas que precisam ser resguardados, quando em comparação ao Estado, entidade soberana.

Cabe, dessa maneira, aos contribuintes, a restituição do montante pago a maior, no prazo de cinco anos (art. 168, CTN), contados do precedente do STF, tendo em vista que caso o prazo prescricional tivesse como termo *a quo* o recolhimento do tributo, o fenômeno da prescrição já teria se operado em muitos processos, valendo-se, a União, dessa matéria de ordem pública, para não pagar o montante erroneamente recolhido aos cofres do tesouro nacional. Apesar de tal pronunciamento favorável aos sujeitos passivos do tributo causar uma grande perda ao Erário – Fisco (União Federal/Fazenda Nacional), sendo estimado pela Receita Federal o rombo de R\$ 250.000.000.000,00 (duzentos e cinquenta bilhões de reais), valor esse que engloba a devolução das quantias às empresas e o que deixará de ser arrecadado até o final do ano, as pessoas jurídicas de direito privado não podem sofrer com tamanha carga tributária injusta, configurando o ICMS como despesa e não receita, portanto não fazendo parte do conceito de faturamento/receita bruta passível de incidência na base de cálculo do PIS e da COFINS. Os contribuintes não podem ser “cobaias” de um Estado decadente, corrompido, não cumpridor dos fins sociais constitucionais que, a despeito de instituir a maior carga de tributos na América Latina, não é capaz de gerir seus recursos, nem de proporcionar investimentos reais e significativos nos três pilares que compõem a seguridade social, principalmente no que tange à saúde pública. O povo não pode sofrer os impactos da incapacidade e inefetividade do Poder Executivo Federal, não sendo justo

submeter os contribuintes, as empresas, a arcar com o caos estatal, ainda que fosse unívoca a jurisprudência.

CONCLUSÃO

Diante do exibido ao longo da corrente monografia, não restam dúvidas quanto à maior importância dos precedentes no novo sistema processual civil brasileiro. O Poder Judiciário precisará demonstrar que está vigilante quanto aos novos valores inseridos na sociedade, procurando garantir, perpetuar e prosperar, em seus julgados, a proteção aos direitos e garantias fundamentais que surgem no decorrer do tempo, da história da evolução, principalmente com a promulgação de uma Constituição, que tem como fim primordial a busca pela Justiça Social e pelo respeito e reconhecimento dos direitos das minorias. Embora o direito precise estar sempre em movimento, em constante modificação, não podendo estagnar, pois perderia o seu sentido de existir, não pode atentar contra direitos de jurisdicionados que já se encontravam sob a influência de um precedente já consumado, forte, enriquecido, pois era o entendimento do tribunal superior naquele momento, de acordo com os fatos sociais surgidos, com as demandas e clamor popular. Não se pode afirmar que, com a derrocada de um precedente em prol de uma contínua transformação do direito, inovando em seu parecer, estaria havendo uma extinção de um entendimento anterior equivocado, errado por não mais estar em consonância com a axiologia real, conquanto tenha manifestado, enquanto vigente, os reais valores da coletividade, nos julgamentos. Até aquele lapso temporal, o mesmo era tido como o mais preciso, justo para solucionar as principais demandas que versassem sobre determinado assunto. Assim como a sociedade é um grande fator modificativo das normas jurídicas, o direito também é capaz de alterar, converter o modo de agir de um conjunto de pessoas que estão vinculadas a um Estado, ente soberano, sendo delimitadas territorialmente e sujeitas a sua jurisdição, independentemente de serem nacionais, estrangeiros residentes no país ou que estejam de passagem.

Os precedentes são teses jurídicas do julgado, as quais, quando construídas pelos Tribunais Superiores, possuem eficácia vinculante perante os demais juízes e tribunais, por terem como competência a uniformização da interpretação sobre direitos constitucional, federal, trabalhista, eleitoral e militar, a serem aplicadas para processos em que se depreendem que as circunstâncias fático-jurídicas estão convergindo, embora não sejam completamente iguais, já que cada pretensão possui uma causa de pedir própria e peculiar. É a denominada vinculação vertical dos precedentes. Contudo, existem situações em que, por mais que seja de fácil notoriedade a presença de ponto similares entre um caso posto a julgamento e outro que já teve um resultado definido, com a formulação da *ratio decidendi*,

pode ser que os liames entre eles não sejam tão efetivos quanto aos destacados e relevantes traços de divergência que são percebidos. Por isso, é essencial a motivação das decisões judiciais, como se verifica do mandamento constitucional do art. 93, IX, CRFB, sob pena de serem declaradas nulas.

Os atos do Poder Público, independentemente da esfera de Poder em que são editados, devem cumprir o princípio constitucional da motivação, para permitir que os cidadãos possam conhecer das razões que o levou a pensar daquela maneira e verificar se não foram exprimidos arbitrariamente, contrariando uma disposição legal e, portanto, eivados de vícios. A motivação consiste na exposição dos motivos fáticos e jurídicos que contribuíram para que o Poder Judiciário decidisse de tal forma. Há um correlato com o princípio do juiz natural, podendo este ser confrontado quando observado que o juiz/órgão julgador atuou de determinado jeito instigado por razões pessoais, a fim de beneficiar ou prejudicar alguém. O *distinguishing* deve ser aduzido pelas partes de uma demanda, em suas defesas, para que, por meio do livre convencimento do aplicador das normas, garantido pelo correto andamento processual efetuado pelo responsável pela solução da lide, em que as partes são sujeitos ativos do processo, trabalhando em sintonia com o magistrado, seja efetivado o aresto mais justo para o caso concreto. O princípio constitucional do contraditório e ampla defesa é uma garantia fundamental constitucional, não podendo ser vista como uma simples disposição, mas como o verdadeiro instrumento capaz de preservar a igualdade de oportunidades de manifestação nos autos, seja por meio da apresentação de contestação, réplica, seja pela produção de provas e interposição de recursos, fazendo com que a relação triangular processual seja harmônica, com atribuições, direitos, deveres e prerrogativas bem distribuídas, sendo os demandantes, os jurisdicionados os reais construtores do direito. O contraditório é definido pela expressão latina *audiatur et altera pars* (“Ouça-se também a outra parte”).

O capítulo VII do Livro “DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS” trata da ação rescisória, remédio jurídico apto a ensejar a rescindibilidade de um julgado já transitado em julgado e, considerado, a princípio, como impossibilitado de sofrer modificações. O art. 966, §5º, CPC/15 permite que tal medida seja utilizada, em caso de a decisão judicial assente com base em enunciado de súmula ou o acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos não levar em consideração a presença de diferenciação entre a matéria-objeto de um processo e o padrão decisório que

lhe deu fundamento, tendo como alicerce o requerimento de manifesta violação de norma jurídica (art. 966, V, NCPC).

O que vincula é a tese jurídica afirmada, são todos os argumentos que ensejaram a autoridade judicial a chegar a uma determinada conclusão e não a outras a que poderia seguir. O *obiter dictum* é o conjunto de justificativas que, apesar de pertencerem à fundamentação do juiz/colegiado, são apenas complementações, alegações acessórias, que não possuem o condão de influir no resultado do processo, não vinculando seus elementos aos casos subsequentes que tenham uma similitude. A fundamentação de um julgado é a parte do acórdão que demonstrará aos jurisdicionados as principais motivações para que uma conclusão seja apresentada, certificando qual a linha de raciocínio usada para atingi-la, devendo haver uma correlação lógica entre a decisão judicial prolatada e as razões fáticas e jurídicas que penderam o julgador a tomá-la. Dessa maneira, as partes poderão entender todo o caminho traçado por cada ministro integrante de uma turma/seção para alcançar um resultado.

Nem sempre há uma concordância quanto aos motivos que foram preponderantes para que todos os membros de um órgão fracionário emitissem um voto que garantisse ou não um direito subjetivo aduzido como infringido, podendo haver uma decisão colegiada unânime, contudo obtido o mesmo veredito de diferentes formas, por variados fatores, havendo um precedente sem *ratio*. A *ratio decidendi* a ser acolhida não pode ser considerada a do relator, pelo simples enunciado de ser ele o encarregado de um processo, realizando o relatório e tendo vista dos autos antes de seu julgamento, sendo considerada a figura mais importante do órgão fracionário. É certo que tal argumento não pode triunfar. O discurso a ser vinculado é o apontado pela maioria dos julgadores em seus votos, convergindo os fundamentos delineados a uma equivalente decisão.

Um precedente pode ser alterado várias vezes, significando que a antiga solução fornecida a um caso concreto não mais possui efetividade ou corresponde aos novos tempos. Quando o STF e/ou STJ mudam de opinião sobre um assunto já discutido incessantemente, quer dizer que os ministros não mais entendem daquela maneira, seja por não mais atender aos anseios e demandas sociais, seja pela mudança dos membros da corte, que possuem uma nova visão sobre um tema. A conversão de um posicionamento amplamente majoritário ou já consolidado não pode ocorrer sorrateira e apressadamente, devendo ser fornecido um lapso

temporal flexível aos jurisdicionados, de modo a absorverem a nova posição, conhecendo e compreendendo os motivos atrelados a essa nova perspectiva de julgamento. Quando um precedente é transformado a todo instante e não esporadicamente, as pessoas ficam descrentes quanto a sua palpabilidade, reconhecendo que o último entendimento não tem uma natureza estável, invariável, capaz de trazer à população plena certeza e confiabilidade de seu conteúdo, já que provavelmente sofrerá, novamente, os efeitos da transmutação. No último caso, não existe qualquer confiança legítima dos jurisdicionados quanto às futuras consequências a serem aplicadas com a prática de determinadas condutas por eles, independentemente de ser um fato ou negócio jurídico. É uma norma geral que não detém solidez e equilíbrio, transferindo insegurança aos seus destinatários, em relação aos prováveis resultados para seus pleitos.

A adoção dos precedentes pela Lei 13.105/2015 é um grande trunfo para que seja cumprida a máxima da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, CRFB). O Poder Judiciário está extremamente atarefado, com a entrada cada vez maior de processos em suas repartições, muitos deles repetitivos. De acordo com os dados colhidos no site do Conselho Nacional de Justiça, órgão pertencente ao referido Poder, tramitaram, no ano de 2014, 99,7 milhões (noventa e nove milhões e setecentos mil) de demandas, sendo que esse número foi superado no ano seguinte, 2015, com mais de 102 (cento e dois) milhões, fora o estoque de processos que lá já se encontravam à espera de um julgamaneto. A Justiça pode ser considerada morosa e, realmente é, apesar desse contingente de processos, quando você se depara com autos que estão pendentes, ainda não transitados em julgado e sofrendo baixa, por mais de 18 (dezoito) anos. É um período de tempo muito expressivo, demasiadamente longo, nem um pouco razoável. Os jurisdicionados ao acionarem às instâncias judiciais requerem que seja cessada uma ameaça ou violação a um determinado direito alegado, procurando uma rápida tutela jurisdicional para suas situações. Nos contratos personalíssimos, por exemplo, a excessiva vagareza pode causar o fim de uma obrigação, com a morte do réu, prestador de um serviço individualizado.

A técnica dos precedentes poderá ser eficaz a ponto de reduzir a carga processual nas varas e tribunais, com a adoção de equivalentes soluções jurídicas para conflitos com fatos relevantes parelhos. Para que isso ocorra, será preciso que os aplicadores do direito saibam distinguir os casos, quando necessário, a fim de evitar injustas decisões proferidas por órgãos colegiados, em que não foram prudentes e não souberam verificar as diferenças entre ambos,

utilizando-se de uma mesma norma geral para julgá-los. Essa possibilidade de acontecer é grande, provocando uma insegurança jurídica generalizada, negativando ainda mais a imagem do Poder Judiciário e elevando a percepção popular de ser um Poder injusto, não isonômico, incompetente. Então, no momento da edição de suas súmulas, os tribunais inferiores e os superiores precisam estar alertas às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, com o intuito de impedir que as atuações dos desembargadores/ministros seja mecanizada e cause ainda mais transtornos jurídicos. O relator terá um primordial papel para garantir a celeridade processual ao decidir monocraticamente recursos, negando-lhes provimento quando contrários à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, bem como dando provimento aos recursos interpostos contra uma decisão que se opõe às mencionadas hipóteses, por terem caráter vinculante aos magistrados de primeiro grau e tribunais.

Os julgamentos de recursos especiais/extraordinários cabem ao STJ e STF, na devida ordem. É o diversificado conjunto de processos que possuem uma mesma controvérsia jurídica, seja em relação a um direito federal, seja constitucional, em que serão escolhidos os recursos mais bem redigidos, com uma boa base de fundamentação, trazendo clareza quanto à questão de direito polêmica, a que se busca uma solução. Serão encaminhados dois ou mais recursos às citadas Cortes, pelos presidente ou vice-presidentes dos tribunais locais e dos Tribunais Regionais Federais, a depender da competência atribuída a essas autoridades pelos regimentos internos de cada órgão, estando o andamento processual dos demais suspensos à espera de um veredito. Apesar de o Supremo Tribunal Federal, quando julgar um recurso extraordinário repetitivo, portanto, com repercussão geral, estar atuando em um processo incidental, exercendo sua função de guardião da Lei Suprema, tendo sua decisão efeitos *inter partes*, sua atividade acabará vinculando os demais juízes e tribunais, por ser o órgão máximo designado pela Constituição para uniformizar a interpretação de um tema constitucional. O mesmo ocorre com o Superior Tribunal de Justiça quando recebe processos paradigmas de recursos especiais repetitivos, em que lhe cabe a palavra final sobre a interpretação a ser conferida a uma questão federal, vinculando seu parecer, a orientação para todo o território nacional (art. 927, III, NCPC). Esse ininterrupto posicionamento em suas decisões formará a jurisprudência consolidada do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, dando origem a seus enunciados de súmulas, também vinculantes (art. 927, IV, NCPC). É perceptível o papel desempenhado por esses tribunais superiores no alcance a um

ordenamento jurídico seguro, correlato, bem definido. Com a publicação do acórdão-modelo, o presidente/vice-presidente dos tribunais inferiores terão a função de negar seguimento aos RE's e REsp's sobrestados, caso o acórdão recorrido estiver em conformidade com a tese firmada pelo tribunal superior (art. 1040,I, NCPC), continuando a tramitação dos processos em primeiro e segundo graus, obrigando a aplicação da orientação fixada (art. 1040, III, NCPC).

O art. 927, §3º, NCPC merece destaque, pelo tema a que se propôs discutir na presente monografia, os precedentes judiciais vinculantes e a modulação de seus efeitos. Quando a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores for modificada ou a alteração se referir ao julgamento dos casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos para preservar a segurança jurídica e o interesse social. O referido dispositivo é ineficiente no que se refere à abrangência do conceito de interesse social, ao quórum a ser necessário para garantir a incidência desta prerrogativa legal e aos possíveis tipos de efeitos a serem atribuídos pelos julgadores. O termo “interesse social”, como já explicitado ao longo do texto, possui uma redação aberta, indeterminada, imprecisa, tornando o julgador livre para lhe atribuir um valor a que entender ser o mais adequado e que melhor se coadune à realidade social, desde que pautado pela legalidade e proporcionalidade. Deve ser interpretado de modo a resguardar as causas em que seus efeitos influenciem e atinjam, veementemente, campos do saber, como, por exemplo, a economia, política, cultura, o direito. O interesse social será demonstrado pela preocupação da sociedade em relação aos efeitos a serem designados com a prolação de um novo entendimento de precedentes/jurisprudência, que surpreenda os jurisdicionados, nessas hipóteses. São os processos que terão extrema interferência em diversos campos sociais, não podendo as pessoas sofrerem os impactos de um novo posicionamento, quando já tinham sua situação jurídica presumida e tida como correta por um tribunal superior, colidindo com a confiança depositada, pelo seio social, na antiga manifestação.

Quanto ao número de ministros imprescindíveis para que seja possível a modulação dos efeitos de uma recente posição amparada, o supracitado parágrafo é vago. Certo é que, para que seja declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, o quórum mínimo é de maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, por expressa previsão do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e do art. 11 da Lei nº 9.882/1999. Quando uma lei

surge, ela nasce inválida e produzindo seus efeitos normalmente, pela presunção relativa de constitucionalidade a que lhe é conferida, por natureza. Porém, como admite prova em contrário, pode ser declarada como sendo inconstitucional, desde sua origem, já que o Brasil adota a teoria da nulidade das leis. Com o intuito de evitar crises institucionais, por ausência de segurança jurídica, sendo o principal motivo destacado para modificar os efeitos dessa decisão, o STF atribui, a certas ocasiões, efeitos prospectivos ao acórdão final em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo a referida competência constitucional descrita nos arts. 102, I, “a” e § 1º, CRFB.

Se uma norma é considerada contrária à Constituição, significa que ela pode possuir um vício quanto à autoridade que inicia o processo legislativo, ao ente federativo competente para legislar sobre determinado assunto, aos pressupostos objetivos do ato, ao regular procedimento legislativo, suas etapas, bem como quando contrariar o conteúdo da Constituição da República. Destarte, por mais que depois de anos seja reconhecida sua nulidade, é como se ela nunca tivesse existido. Todavia, as relações jurídicas surgidas no âmbito daquela espécie normativa não podem sofrer as consequências advindas da manifestação do STF, sendo primordial que sejam tutelados os efeitos daquela lei, tida, inicialmente, como ausente de qualquer problema estrutural/material. Os jurisdicionados depositaram uma confiança na lei, sendo presumida sua constitucionalidade, passando a produzir seus efeitos, quando da sua vigência, de maneira regular, sem questionamentos. Havia uma segurança jurídica de que aquela norma jurídica deveria ser utilizada para solucionar determinadas lides. Já que, teoricamente, como mencionado, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retrospectivos, uma lei inconstitucional só poderá continuar a vigor os fatos jurídicos surgidos quando da sua publicação, por meio de um quórum difícil de ser alcançado, tendo em vista ser uma situação de manutenção de efeitos de uma norma fora dos padrões da Lei Suprema, critério de validade formal e material para os atos normativos primários, de maneira direta, e para os secundários, indiretamente.

Diversamente, é o que ocorre com a mudança de entendimento de jurisprudência consolidada/julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Aqui, não há vício constitucional. É adotado um posicionamento contemporâneo que destoa de um antigo já publicizado e de amplo conhecimento e afeição da população. A *ratio decidendi* antecedente só foi transformada por não mais ratificar os fatos sociais ou quando há um considerável desmanche na formação do STF e STJ, hábil a trocar a opinião de seus membros, totalizando

uma maioria contrária. O antigo posicionamento não era inexato ou inverídico. Era o que se considerava preciso à época de sua criação, levando-se em consideração os valores que foram conservados naquele período. Os efeitos a serem atribuídos, nas hipóteses do art. 927, §3º, NCPC, não podem ser diferentes daqueles formal e categoricamente previstos nos dois artigos reiteradamente abordados sobre ADIN e ADPF.

No julgamento de recursos repetitivos, sua eficácia abrange as partes da demanda, por ser um processo que procura proteger um direito subjetivo, incidental, em caráter difuso, sendo seu comando vinculante aos magistrados e tribunais. Se por alguma razão ocorre uma troca inesperada de entendimento, nada mais justo que sua aplicação comece a gerar repercussão para os fatos surgidos após a sua afirmação, já que será extensamente reconhecido e apreciado pelos jurisdicionados seu novo teor vinculante e o modo de pensar dos ministros, sendo demonstradas as circunstâncias de fato e de direito que foram de suma relevância para superar uma assimilação já fincada, chegando à alçada da sociedade a inovação ideológica da Corte. Em algumas ocasiões, a fim de permitir um estudo mais detalhado e uma maior assimilação dessa “revolução” pelos habitantes de determinado território, integrantes do Poder Judiciário e pela doutrina, pode ser proposta uma eficácia *pró futuro*, indicando uma data ou um acontecimento, que funcionará como marco inicial para a realização de sua finalidade, fornecendo uma dimensão temporal mais vasta para que tal entendimento seja, agora, parte integrante do meio social, com a sua lenta e sucessiva absorção. Além disso, esse período de tempo pode significar a necessária atuação do Poder Legislativo, usufruindo de sua competência para produzir lei em sentido lato, antecipando-se e demonstrando que está atento às recentes demandas do povo, não se omitindo da hodierna realidade, produzindo uma norma jurídica com o vigente posicionamento do tribunal superior, atuando conjuntamente com o Judiciário, para atingir a um fim precípua: a evolução do direito com o desenvolvimento da história.

A segurança e a isonomia jurídicas são dois institutos que caminham lado a lado, no que concerne à técnica dos precedentes vinculantes e de seus efeitos. Quando se depara com dois casos semelhantes, cujos fatos expressivos são correspondentes, compatíveis, não lhes podem ser atribuídos soluções jurídicas diversas, pois se referem a uma mesma situação, com a incidência de um mesmo direito e a criação de uma norma geral equivalente, havendo a ampla publicidade dos fatores que foram fundamentais para se chegar a uma conclusão em determinado sentido. Os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente

na medida de suas desigualdades. Não pode haver decisões conflitantes para esse tipo de cenário, tendo em vista o transtorno e a desordem que seriam instaladas sobre o ordenamento jurídico pátrio, por permitir que pessoas que se encontrem sob o análogo contexto fático-jurídico recebam uma tutela jurisdicional diversa, causando um desconforto e uma sensação pelos jurisdicionados de que a atuação do Poder Judiciário está pautada pelo desdém, pela indiferença em cometer erros crassos e pelo privilégio a certos litigantes. É obrigatório que um tribunal siga com a sua regular aplicação da tese jurídica formulada para as hipóteses de acontecimentos comuns, formando uma jurisprudência una e convergente sobre o tema em discussão. Com a evolução social e a necessidade de atualizar os comandos normativos, é forçoso que o Poder Judiciário esteja observando as mudanças na sociedade, que ocorrem no decorrer do tempo, fazendo com que sua antiga opinião sobre demarcado assunto caia em desuso e não seja mais utilizada.

Não é lógico, honesto e verossímil que os jurisdicionados que já estavam cientes do entendimento de uma Corte, que era único em uma definição ou abundantemente manifestado nessa acepção, sejam alcançados por suas consequências porque seriam surpreendidos por um teor de julgamento nunca antes discursado e sujeito a debates pelos pensadores do direito, salvo quando se tratar de questão tributária em que era conferida uma interpretação adversa aos interesses dos sujeitos passivos e tal enunciado foi modificado para beneficiá-los, ante à pesada tributação da Fazenda Pública, estando a população sujeita a sua exigência, bem como quando o antigo posicionamento do tribunal fosse visivelmente contrário a direitos e garantias fundamentais.

No que se refere ao novo entendimento do STF sobre a constitucionalidade da execução antecipada da pena para condenados por decisão em segunda instância, não sendo considerada relevante a verificação se os réus possuem os requisitos necessários para a aplicação de alguma das medidas cautelares, podendo todos os derrotados no tribunal *ad quem* sofrerem os prejuízos trazidos por esse atual posicionamento designado no julgamento final do ARE 964.246, bem como na decisão monocrática liminar proferida nas ADC's 43 e 44, indispensável é a modulação dos efeitos, pelo fato de haver afronta aos princípios constitucionais corolários do Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica, a isonomia, a confiança legítima e a boa-fé.

A modulação dos efeitos, de acordo com o CPC/2015, será cabível para proteger a segurança jurídica e o interesse social, quando houver alteração nos julgamentos de casos repetitivos ou em caso de modificação da jurisprudência dominante dos tribunais superiores (art. 927, §3º, NCPC). Por isso, a relevância de apresentar os discutidos julgados, com o intuito de facilitar a compreensão da temática dos precedentes obrigatórios e sua abrangência. Desde o julgamento do HC 84078/MG, de 05 de fevereiro de 2009, as contínuas e uniformes decisões do STF foram no sentido de proibição de execução provisória da pena, só podendo haver o seu cumprimento provisório, nas situações elencadas no art. 283, CPP. Por sete anos, a jurisprudência da Suprema Corte foi na direção de que o trânsito em julgado no processo penal, assim como nas demais searas do Direito, ocorreria quando houvesse o esgotamento dos recursos ou de instâncias julgadoras. Portanto, não é razoável a retrocessão da decisão para abranger os processos em andamento, anteriores às referidas ações, atingindo aqueles que estavam esperando seus julgamentos em liberdade, por não preencherem os requisitos indispensáveis à decretação da prisão em flagrante ou preventiva. Sob a ótica jurídica, são réus de baixo grau de periculosidade e/ou que não irão travar o andamento do processo, sendo preservados os princípios do devido processo legal e da prova legítima. Quanto ao viés social, tal necessidade advém da crise no sistema carcerário brasileiro, superlotado e com déficits basilares em relação à higiene prisional e à dignidade de seus custodiados.

No caso de julgamento, no Brasil, sobre matéria tributária, o antecedente posicionamento do Poder Judiciário, transformado, não pode ser visto como correto naquela época, quando causar perdas e rombos nas finanças pessoais/jurídicas de seus contribuintes, sendo um equívoco a interpretação conferida outrora, por não ser defendida pela população, contrariar o interesse público, já que estará sobrecarregando o lado mais fraco da relação jurídica, para resguardar o teórico bem-estar da coletividade.

A não incidência de ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS é um direito dos contribuintes, devendo receber tudo o que foi pago a maior para o Fisco, respeitando-se o prazo prescricional, pelo fato de o ICMS ser um imposto estadual e não uma renda auferida. O Poder Público, em virtude da perda de bilhões, necessitará manter estável suas receitas originárias, de direito privado, explorando seu patrimônio de modo a evitar uma crise ainda maior.

Outrossim, sob o ponto de vista jurídico, a incidência do ICMS sobre a base de cálculo de PIS e COFINS possui natureza eminentemente constitucional, cabendo, única e exclusivamente à Suprema Corte, o julgamento dessa questão, já que foi designada, pela Carta Magna, como a Corte protetora da Constituição Social-Democrática de 1988, devendo garantir a uniformização da interpretação de normas constitucionais, possibilitando o fim da divergência entre juízes e tribunais do Brasil sobre o entendimento e aplicação de determinada norma jurídica, buscando-se a formação de um direito único, sistemático, coerente. Por mais que o STJ possua uma jurisprudência favorável à inclusão do mencionado imposto estadual na base de cálculo dessas contribuições sociais, não é o órgão competente para decidir sobre matéria constitucional, tendo sua atuação marcada pela interpretação e uniformização de leis infraconstitucionais federais. Isso, por si só, não pode ser considerado como fato gerador de uma segurança jurídica e confiança legítima aos jurisdicionados, pois, como afirmado, o Pretório Excelso é o responsável por tal atribuição e, como não havia jurisprudência do STF sobre o tema atestando a legitimidade da conduta da União, não cabe modulação dos efeitos.

Em síntese, por conseguinte, o instituto da modulação dos efeitos é importantíssimo para prevenir/evitar o rompimento com princípios constitucionais basilares de uma Constituição promulgada, democrática, protetora dos cidadãos, garantista, que preza, pelo menos documentalmente, pela efetividade de direitos e garantias fundamentais. Deve ser utilizado com zelo. É de extrema magnitude a comprovação da violação à segurança jurídica, à confiança legítima, à boa-fé estatal, bem como quando for atestado o interesse social que desperte nos julgadores a inevitabilidade de atribuição dos efeitos da nova decisão para frente ou a partir de determinada data/acontecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *ICMS x PIS/COFINS: a chance de o STJ alinhar sua jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/icms-piscofins-chance-stj-alinhar-jurisprudencia>>. Acesso em 15 dez. 2016.

ANDRADE, Fábio Martins de; GOMES, Marco André Dunley; ROSAURA, Mariana Zechin. *ICMS x PIS/COFINS: STJ perde chance de alinhar sua jurisprudência ao precedente do STF*. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/icms-x-piscofins-stj-perde-chance-de-alinhar-sua-jurisprudencia-ao-precedente-stf-13082016>>. Acesso em 20 dez. 2016.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/2015: O estado dos direitos humanos no mundo*. Londres: [s.n.], 2015.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. Tradução Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984. Título original: *Ἠθικὰ Νικομάχεια*.

BELLO FILHO, Ney de Barros Bello; CAMARÃO, Felipe Costa. *Evolução hermenêutica como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo tribunal Federal*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4df14e7ba7f3122f>>. Acesso em 02 jan. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Inaiá. *ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins: incluir ou não incluir, eis a questão*: mesmo ainda pendente de publicação, a decisão vem causando grande apreensão, pois contraria entendimento já proferido pelo STF anteriormente. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI247739,21048ICMS+na+base+de+calculo+do+PIS+cofins+incluir+ou+nao+incluir+eis+a>>. Acesso em 28 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/douconstituicao88.pdf>. Acesso em: 08 de mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os

arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Seção1, p.9. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-norma-pl.html>. Acesso em 05 mar.2017.

BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Seção 1. P1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-norma-pl.html>>. Acesso em 12 mar. 2017.

BRASIL. Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 06 dez. 1999. Seção 1. P2. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9882-3-dezembro-1999-369889-norma-pl.html>>. Acesso em 12 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção1, p.1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 fev. 2016. Seção1, p.1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13256-4-fevereiro-2016-782330-norma-pl.html>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas Corpus* Liberatório. *Habeas Corpus* nº 97523/SP. Impetrante: Italo Antonio Fucci. Coator: Relator do *Habeas Corpus* nº 124485 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Fabio Cesar Baron. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de junho de 2009. *EMENT VOL-02371-03 PP-0054*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Denegação do direito de recorrer em liberdade. *Habeas Corpus* nº 123043/SP. Impetrantes: Daniel Leon Bialski e Claudio Hausman. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Manoel Fernandes Rodrigues Junior. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de março de 2015. *DJe-046 DIVULG 10/03/2015 PUBLIC 11/03/2015*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução provisória da pena. *Habeas Corpus* nº 107547/SP. Impetrante: Sandra Bucci Favareto. Coator: Relatora do HC nº 189.627 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Manoel Ferreira de Lima Filho. Relator: Min. Gilmar

Mendes. Brasília, DF, 17 de maio de 2011. *Lex*: jurisprudência do STF. v. 23, n. 572, p. 51-54, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processual Penal. *Habeas Corpus* nº 95315/SP. Impetrante: Michel Coletta Darré e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Tânia Cristina de Oliveira Moraes. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de maio de 2010. *EMENT VOL-02405-02 PP-00456*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Habeas Corpus nº 71723/SP. Impetrante: Jose Paulo Lopes e Outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Antonio Carlos Dias. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 de março de 1995. *EMENT VOL-01791-03 PP-00620*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processual penal. Habeas Corpus nº 79814/SP. Impetrante: Francisco Eudes Lima da Penha. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Francisco Eudes Lima da Penha. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 23 de maio de 2000. *EMENT VOL-02008-02 PP-00389*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Execução Provisória da Pena. Substituição do Regime Prisional *Habeas Corpus* nº 84235/SP. Impetrante: Jorge Napoleão Xavier. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Nelson Martins da Silva. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de setembro de 2004. *Lex*: jurisprudência do STF. v. 27, n. 314, p. 356-359, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84771/RS. Impetrante: Pedro Roberto Muller. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Elimar Rex e Outros. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. *EMENT VOL-02172-02 PP-00331*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Habeas Corpus nº 89952/MG. Impetrante: Guilherme Marinho e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Gustavo Bitencourt Estanislau. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 15 de maio de 2007. *EMENT VOL-02282-06 PP-01209*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Processual Penal. *Habeas Corpus* nº 90645/PE. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz e Outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2007. *RMP* n. 36, p. 233-236, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. *Habeas Corpus* nº 126292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Marcio Rodrigues

Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *Lex*: jurisprudência do STF. *DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 505172/SP. Recorrente: Dagoberto Barcellos S/A. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. *RET*. v. 60 p. 43, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1069974/PR. Agravante: Furukawa Industrial S/A Produtos Elétricos. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2009. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento: 17/02/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 430892/SP. Agravante: COPEN – Companhia Paulista de Energia LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento: 25/02/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 07/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1144469/PR. Recorrente: Fazenda Nacional e Hubner Componentes e Sistemas Automotivos Ltda. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o acórdão: Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Brasília, DF, 10 de agosto de 2016. Data do Julgamento: 10/08/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/12/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 899375/RS. Agravante: Elobras Ind/ de Plásticos Ltda. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento: 20/09/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1328506/ES. Recorrente: Trop Companhia de Comércio Exterior Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Brasília, DF, 02 de abril de 2013. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento: 02/04/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 11/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1422739/PR. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Munters Brasil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento: 11/02/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 18/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 661146/SC. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Nautae Trade Ltda. Relator: Min Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, DF, 18 de junho de 2015. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento:18/06/2015: Data da Publicação/Fonte: DJe 05/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 828526/PR. Agravante: Extrema Comercial Importadora e Exportadora Ltda. Agravado: Fazenda Nacional. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. *Lex*: jurisprudência do STJ. Data do Julgamento:17/05/2016.Data da Publicação/Fonte: DJe 25/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 240.785/MG. Recorrente: Auto Americano S/A Distribuidor de Peças. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Pleno. Brasília, DF, 08 de outubro de 2014. EMENT VOL-02762-01 PP-00001. DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência. Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com agravo nº 964246/SP. Recorrente: M.R.D; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min.Teori Zavascki. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do Pis e da Cofins. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº574706/PR. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda; Recorrido: União Federal. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, DF, 15 de março de 2017. DJe-53 PUBLIC 20-03-2017.

BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Lex*: Coleção de Leis do Brasil, Brasília, v.7, p. 187, 1940.

BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial[da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 out. 1941. Seção1, p.19699.

BRASÍLIA. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. *Lex*: Coleção de Leis do Brasil, Brasília, v.11, p. 3013, 1992.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CANÁRIO, Pedro: *STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em 15 nov. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 8. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALCANTI, Hylda. Decisão do STF sobre prisão antes do trânsito em julgado irrita juristas: mudança da jurisprudência foi classificada por profissionais de “caminho para a instalação de um tribunal de exceção no país, violação da presunção da inocência e movimento para agradar a opinião pública. *Rede Brasil Atual*. São Paulo, 18 fev. 2016. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/02/decisao-do-stf-sobre-prisao-de-reus-antes-do-transito-em-julgado-abala-o-mundo-juridico-1054.html>. Acesso em 16 nov. 2016.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016 – Infográficos: ano-base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2017.

Conselho Nacional de Justiça. *Produtividade Mensal*. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincipal>. Acesso em 19 dez. 2016.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. V.2. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014.

DUSEK, André. STF confirma que prisão após decisão em 2ª instância vale para todos os casos. *Estadão*. Brasília, 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/11/11/stf-confirma-que-prisao-apos-decisao-em-2-instancia-vale-para-todos-os-casos.htm>>. Acesso em 11 nov. 2016.

EMENDA regimental permite julgamento de agravo interno e embargos no Plenário Virtual do STF. *Empóriododireito*. Florianópolis, 25 jun. 2016. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/emenda-regimental-permite-julgamento-de-agravo-interno-e-embargos-no-plenario-virtual-do-stf/>. Acesso em 01 jan. 2017.

FONSECA GAJARDONI, Fernando da. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<https://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em 15 out. 2016.

GARCEZ, William. *A presunção de inocência na visão do STF: o julgamento do HC 126.292 - A execução provisória da pena*. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>>. Acesso em 09 nov. 2016.

GÓES, Carolina. *Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213458,91041-Exclusao+do+ICMS+da+base+de+calculo+do+PIS+e+da+Cofins>>. Acesso em 05 nov. 2016.

HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ÍNDICES de homicídios e roubos no estado do RJ sobem em fevereiro: Crimes violentos aumentaram quase 12% na comparação com 2015. Maior alta, porém, ocorreu no número de roubos de carga: mais de 65%. G1. Rio de Janeiro, 17 mar. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/03/indices-de-homicidios-e-roubos-no-estado-do-rj-sobem-em-fevereiro.html>. Acesso em 05 jan. 2017.

JESUS, Priscilla Silva de. Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil. *Revista Direito UNIFACS*. Salvador, v.1, n.170, ago. 2014.

“JULGAMENTO histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância”. Publicado em 17 de fevereiro de 2016, quarta-feira. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>>. Acesso em 29 dez. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 2003. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre o controle de constitucionalidade: *Marbury vs. Madison* (1803). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, v.1, n. 2, p. 255-275, jul/dez. 2003.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do Direito*: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC - *Judicial Previous Decisions as source of law: some considerations by the new CPC*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>. Acesso em 17 out. 2016.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Título original: *Rhetoric and the rule of law*.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *O STF e a execução provisória da pena*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17036/o-stf-e-a-execucao-provisoria-de-pena>>. Acesso em 19 nov. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores*. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Eficácia+temporal+da+revogação+da+jurisprudência+consolidada+dos+tribunais+superiores](http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Eficacia+temporal+da+revogacao+da+jurisprudencia+consolidada+dos+tribunais+superiores). Acesso em 25 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. *Revista dos Tribunais Ltda*, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Pedro Toaiari de. *A não incidência de ICMS na base de cálculo da Pis/COFINS*: o direito por trás da decisão da Suprema Corte. Disponível em: <<https://pedrotmattos.jusbrasil.com.br/artigos/144997724/a-nao-incidencia-do-icms-na-base-de-calculo-da-pis-cofins>>. Acesso em 17 dez. 2016.

MENEZES MORAIS, Gisela Telles de. O Precedente Vinculante na Solução das Controvérsias. *Revista de Direito*. Itajaí/SC, v.14, nº 29-46, 2011.

NAKAGAWA, Fernando. Brasil tem maior carga tributária da América Latina, diz OCDE: Brasileiros pagam 33,4% do PIB em impostos, mas cobrança é desigual: País está no grupo dos que têm menos impostos sobre renda e lucro, mas é um dos que mais tributa a seguridade social *Estadão*. São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-maior-carga-tributaria-da-america-latina--diz-ocde,10000021608>>. Acesso em 05 dez. 2016.

NEVES, Mariana Barboza Baeta. *A Modulação de Efeitos e Sua Aplicação em Matéria Tributária*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26702022_A_MODULACAO_DE_EFEITOS_E_SUA_APLICACAO_EM_MATERIA_TRIBUTARIA.aspx>. Acesso em 29 out. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Mariana. *STF confirma que prisão após 2ª instância vale para todos os casos*: ministros votaram eletronicamente sobre repercussão geral do entendimento: em outubro, Corte manteve possibilidade de prisão antes do fim dos recursos. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/stf-confirma-que-prisao-apos-2-instancia-vale-para-todos-os-casos.html>. Acesso em 20 nov. 2016.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PLATÃO. *A República* - Volume 1. Introdução e Notas de Robert Baccou Tradução J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965. Título original: Πολιτεία.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*. Rio Grande do Sul, v.2, n.5, mai. 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *A theory of justice*.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, , v. 7, n. 7, p. 237-263, jan./jun. 2011.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 8ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2016.

SANDEL, Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. Título original: *Justice*.

SHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Watson Pacheco. *A cobrança do ICMS na base do PIS e Cofins*: às empresas recaem a necessidade de buscarem o Estado-Juiz o mais breve possível, antes que seja decidida a matéria da inclusão – ou não – do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/cotidiano/a-cobranca-do-icms-na-base-do-pis-e-cofins/104377/>>. Acesso em 27 out. 2016.

SOUBHIE NOGUEIRA, Antonio de Pádua. *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*. 2013. 257 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

STF. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 29 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>>. Acesso em 27 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento no NCPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 29 abr. 2017.

TORRANO, Bruno. *Dói, mas o entendimento do HC 126.292/SP deve ser respeitado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/doi-entendimento-hc-126292sp-respeitado>>. Acesso em 10 nov. 2016.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. *Teoria constitucional do "distinguishing: uma "nova" perspectiva à tradição jurisprudencial brasileira - prática forense*. Disponível em: <<https://advtorrano.jusbrasil.com.br/artigos/114336245/teoria-constitucional-do-distinguishing-uma-nova-perspectiva-a-tradicao-jurisprudencial-brasileira-pratica-forense>>. Acesso em 21 out. 2016.